DEUTSCHES RECHT

WOCHENAUSGABE

Herausgegeben vom Reichsführer NSRB. Reichsminister Dr. Hans Frank

unter Mitwirkung der Reichsgruppenwalter des NSRB.

Richter und Staatsanwälte: Dr. Geffroy — Rechtspfleger: Singer — Verwaltungsrechtswahrer: Dr. Stuckart — Wirtschaftsrechtswahrer: Dr. Mönckmeier

Rechtsanwälte: Dr. Droege — Notare: Wolpers — Hochschullehrer: Dr. Ritterbusch — Junge Rechtswahrer: Billig

Heft 5 | 11. Jahrgang | 1. Februar 1941

Englische Völkerrechtspolitik, ein Rückblick

Von Professor Dr. Carl Bilfinger, Heidelberg

Wenn in den Bundes- und Bündnisverträgen der neueren Geschichte immer und immer wieder der Schutz der Unversehrtheit des Gebiets und der politischen Unabhängigkeit der vertragschließenden Staaten als Zweck und Gegenstand des Vertrages erscheint, so beruhen diese Formulierungen auf der Vorstellung, daß die völkerrechtliche Ordnung ein genossenschaftliches Nebeneinander unabhängiger Staaten voraussetze. Jene Verträge bedeuten, so gesehen, nichts anderes als eine Konsequenz aus dieser Struktur der Völkerrechtsordnung und, konkret, die Einsatzbereitschaft und die Garantie der Vertragschließenden für diese Ordnung. So bunt das Bild der Gliederung der internationalen Welt erscheint, einer Welt von großen und kleinen, starken und schwachen Staaten, von Großmächten, Mittelstaaten und Zwergstaaten, von Bundesstaaten, von „Reichen" jeweils eines besonderen Typus, von Gruppen mit mannigfachen Abhängigkeitsverhältnissen der Glieder untereinander, von sog. halbsouveränen Staaten, Dominien usw., so erscheint dennoch, unbestrittenermaßen, jene Vorstellung eines Nebeneinander unabhängiger Staaten als entscheidendes Merkmal der rechtlichen Struktur des Ganzen. Von diesem Merkmal oder Gesichtspunkt her ist der Maßstab der Anschauung genommen, nach dem sich die Unterscheidung der einzelnen Kategorien der Gruppen und Glieder ausrichtet. Dieser Maßstab ist auch bestimmend für die bis auf diesen Tag von der Staatspraxis festgehaltenen Formen des völkerrechtlichen Verkehrs, und er ist auch der Ausgangspunkt für die Beurteilung der Frage, ob ein Verhalten völkerrechtlich sozusagen meßbar ist, ob es völkerrechtsgemäß oder völkerrechtswidrig ist. Unter Berufung auf den Grundsatz der Souveränität und Gleichberechtigung der Staaten hat das im Diktat von Versailles vor aller Welt diskriminierte Deutsche Reich sein Daseinsrecht geltend gemacht, und auch die deutsche Völkerrechtswissenschaft hat, in ihrem Teil, zu dieser Beweisführung beigetragen[1]). Dasselbe gilt für die deutsche Kritik an der englischen Kriegführung sowohl 1914—18 wie im gegenwärtigen Kriege; mit Recht sind die von Deutschland ergriffenen Gegenmaßnahmen gegen die völkerrechtliche Vergewaltigung der Neutralen auf dem Grundsatz der Souveränität und der Neutralität gestützt worden. Wenn, im übrigen, England selber seinen so oft an den Tag gelegten Widerstand gegen das Neutralitätsprinzip immer wieder unterbrochen hat und, z. B., neuerdings die Teilnahme der UdSSR. an der Bildung einer neuen Donaukommission als Verletzung der Neutralität hingestellt hat[2]), so beweist dies, daß die britische Völkerrechtspolitik es für den Bedarfsfall nicht verschmäht, an das „alte Recht der Neutralität" und damit an den überkommenen Begriff des Völkerrechts zu appellieren.

Es soll hier nun nicht die Rede sein von der Problematik der noch herrschenden, m. E. auch noch nicht zur Überwindung reifen[3]) Vorstellung über

[1]) Vgl. u. a. die Kritik von Carl Schmitt am Völkerbund in der Schrift „Die Kernfrage des Völkerbundes", Berlin 1926.

[2]) Laut Pressebericht, siehe Völk. Beob. v. 5. Nov. 1940, hat England gegen den Beschluß der Regierung der UdSSR. betr. die Notwendigkeit der Bildung einer neuen Donaukommission und die Teilnahme von Vertretern der UdSSR. an Verhandlungen mit den Vertretern Deutschlands, Italiens und Rumäniens in Bukarest protestiert. Es heißt dann weiter in der diesbezüglichen amtlichen Verlautbarung der „Prawda": „Von der Betrachtung ausgehend, daß die Handlungsweise der Sowjetregierung eine Verletzung der Neutralität darstelle, erklärte die britische Regierung ..." Weiter heißt es: „Die Donaukommission müsse sich aus den Vertretern der Staaten zusammensetzen, die an der Donau liegen oder eng mit der Donau verknüpft sind und die Donau als Kanal für den Warenhandel benutzen (wie z. B. Italien). Es sei klar, daß Großbritannien, das von der Donau Tausende von Kilometern entfernt sei, nicht zu diesen Staaten gezählt werden könne" und „daß die Frage der Zusammensetzung der Donaukommission nichts mit der Frage der Neutralität zu tun habe".

[3]) Den Ausführungen von Carl Schmitt in „Der Reichsbegriff im Völkerrecht": DR. 1939, 341 („fällig gewordene Überwindung des Staatsbegriffs"), ferner in „Völkerrechtliche Großraumordnung", 1. Aufl. 1939, S. 75 („Daß dieser überkommene Staatsbegriff als Zentralbegriff des Völkerrechts der Wahrheit und Wirklichkeit nicht mehr entspricht, ist seit langem zum Bewußtsein gekommen"), in Deutsche Rechtswissenschaft, Oktober 1940, „Die Auflösung der europäischen Ordnung im International Law" (1890 bis 1939), etwa S. 277, 278, vgl.

die Struktur des Völkerrechts. Wir fragen also nicht näher, inwiefern denn die Freiheit der Mitglieder der Völkerrechtsgemeinschaft, also letztlich ein „anarchisches“ Prinzip, als Grundlage einer Gemeinschaftsordnung gedacht werden kann: Ein Mindestmaß solidarischer Interessen und ein gewisser Nachklang der überwundenen Idee des christlichen Universalstaates, dazu nun, andererseits, die an Stelle jener Idee emporgewachsene solidarisch gedachte Vorstellung des Interessenausgleichs zwischen unabhängigen und darum rechtlich gleichgestellten „Staaten“ — dies ist die Synthese, in der nun eben einmal trotz aller ihrer inneren Widersprüche das „Völkerrecht“ denkt, und zwar so lange, als nicht eine Weltmacht über allen anderen „Mächten“, Nationen und Staaten sich erhebt, eine Macht, die so stark und so fest gegründet ist, daß sie an die Stelle des bisherigen Völkerrechts eine Art Weltstaatsrecht zu setzen imstande ist.

Die Tatsache, daß es Kriege und mannigfache andere Arten und Formen des Ringens zwischen den Gliedern der Völkerrechtsgemeinschaft um ihre in den völkerrechtlichen Urkunden so oft genannten „Lebensinteressen“ gibt, um die Unabhängigkeit und damit um das Dasein dieser Glieder der Gemeinschaft selber, diese Tatsache ist niemals für unvereinbar mit dem genossenschaftlichen und zugleich eben auch „anarchischen“ Charakter des Völkerrechts gehalten worden. Im Gegenteil, die völkerrechtlichen Bündnisverträge z. B. setzen ja gerade die Möglichkeit des Krieges, des Waffenkampfs zwischen Staaten voraus, und es wird folgerichtig ja auch der Begriff der Neutralität und damit auch die Beurteilung eines Handelns als neutralitätswidrig grundsätzlich und primär auf den als „unabhängig“ vorausgesetzten Staat bezogen; ohne diese Voraussetzung hätte das ungeschriebene wie das in zahllosen Verträgen und Urkunden niedergelegte Neutralitätsrecht keinen Sinn.

Diese Auffassung des Völkerrechtsbegriffs ist nur denkbar als eine allgemein anerkannte, von allen im Sinne der Gegenseitigkeit empfundene, gleichviel in welchem Ausmaß sie in concreto befolgt wird. Auch der in Kriegszeiten so häufig gehörte Vorwurf der Verletzung des Völkerrechts durch Verletzung der Neutralität nebst, auf der andern Seite, der Rechtfertigung einer Handlung als nicht neutralitätswidrig, beruht auf dem Gedanken der Unabhängigkeit der Staaten als der Grundlage des Völkerrechts.

Auch England ist von dieser Auffassung des Völkerrechtsbegriffes ausgegangen und hat sie, wie wir sahen, bis heute noch nicht aufgegeben, obwohl diese Auffassung sich mit den besonderen, in der Welt einzig dastehenden, Interessen und Ansprüchen des Britischen Reiches als der — bisherigen — Weltmacht zur See in weit schärferem Gegensatz befindet als mit den Interessen irgendeines anderen Landes. Die britische Politik konnte zwar, trotz jenes Gegensatzes in gewissem Grade aus der herrschenden Völkerrechtstheorie Vorteil ziehen, indem sie die Idee der Staaten-Unabhängigkeit zugunsten eines divide et impera- — und kontinentalen balance of power-Prinzips ausspielte; doch reicht dieser Gesichtspunkt nicht aus, um von einer Harmonie des Völkerrechts mit den — besonderen — Interessen des britischen Weltreiches zu sprechen. Vielmehr, insofern England seit Jahrhunderten sich durch seinen Anspruch auf die Beherrschung der Meere eine Vormachtstellung in der Welt[4]) anmaßt, steht das überkommene Völkerrecht als Recht der Gleichordnung unabhängiger Staaten den politischen Interessen Englands schroff entgegen; nur ein — sofern das denkbar sein könnte — föderalistisch-hegemonisches Rechtssystem der Organisation der Welt, mit England als Vormacht, würde dem Gedanken der „prästabilierten Harmonie“[5]) zwischen diesem — neuen — Völkerrecht und den Interessen des britischen Weltreichs vergleichbar sein.

Jedenfalls, für die Politik und Propaganda Englands ist deshalb, weil dieses Land wie kein anderes über alle Teile der Erde hin umfassende und intensive wirtschaftliche und, in deren Gefolge, politische Belange beansprucht, die Frage des Völkerrechts, nach der Art dieses „universalen“ Rechts von besonderer Bedeutung. Man könnte sagen, wie die Stellung Englands in der Welt bisher eine einzigartige war, so ist auch die Lage seiner Politik gegenüber dem Völkerrecht eine einzigartige, eine andere als die aller übrigen Staaten und Nationen der Welt. Mehr als die Politik aller übrigen Länder mußte die britische Politik auch „Völkerrechtspolitik“, wie ich es nenne, sein. Sie ist zwangsläufig und andauernd dazu gehalten, ihre Position gegenüber dem Völkerrecht jeweils zu beziehen, da ja dessen, auf die Staaten-Unabhängigkeit gegründete Struktur mit dem britischen Anspruch auf die Herrschaft zur See unvereinbar ist, so daß unaufhörliche Konflikte mit dem Anspruch der anderen auf Unabhängigkeit und Wahrung ihrer Lebensinteressen gegeben sind. Diesem Dilemma gegenüber hat die englische Staatspraxis und Propaganda keine einheitliche Linie befolgt. Zunächst lassen sich zwei Richtungen feststellen, die in der Art von Peitsche und Zuckerbrot abwechselnd je nach Lage und nach der Stimmung der jeweiligen Exponenten eingeschlagen werden. Es sind dies einmal die Versuche, das Völkerrecht überhaupt in die Acht zu tun, es zu leugnen oder auch ihm offen den Gehorsam aufzukündigen; hierauf ist weiter unten zurückzukommen. Für die britische Denkweise vielleicht noch mehr kennzeichnend ist die zweite Richtung: Gewisse Methoden des „cant“, d. h. etwa, nach Lothar Bucher, der „aufrichtigen Unaufrichtigkeit“[6]), alle mit dem Grundgedanken, daß England für die Gemeinschaft und für die Unabhängigkeit und Freiheit der Staaten und Nationen handle, eintrete und kämpfe; die Opfer, die England in Wahrheit zugunsten seiner imperialistischen Interessen

---

auch den Aufsatz „Raum und Großraum im Völkerrecht“ in Ztschr. f. Völkerrecht 1940, etwa S. 152, 153, vermag ich insoweit nicht überall beizutreten, und ich halte auch nicht dafür, daß der von C. Schmitt aufgestellte fruchtbare Begriff der „Großraumordnung“ eine solche Umwälzung des Völkerrechtsbegriffes notwendig macht. — Über „Das Reich und die Neuordnung Europas“ in diesem Zusammenhang siehe den Artikel mit dieser Überschrift, ohne Namensnennung des Verfassers, RArbBl. 1940, Teil V, S. 312 f.

[4]) Hierüber die Übersicht in dem Buch von Hermann Harris Aall „Weltherrschaft und die Rechtlosigkeit der Meere“, Essener Verlagsanstalt 1940.

[5]) „Prästabilierte Harmonie“, vgl. Carl Schmitt, „Großraumordnung“ S. 75. Meine abweichende Meinung gegenüber der Auffassung, daß zwischen den Interessen des britischen Weltreichs und dem überkommenen Völkerrecht eine prästabilierte Harmonie angenommen werden könnte, ergibt sich aus der oben ausgeführten Stellungnahme.

[6]) Über den Begriff des „cant“ vortrefflich Lothar Bucher, „Kleine Schriften politischen Inhalts“, Stuttgart 1893, S. 328 ff., mit der Überschrift „Der böse Geist im heutigen England (1888)“.

oder, einfacher ausgedrückt, seiner Raubgier von der Unabhängigkeit der anderen begehrt und erwartet, werden als Opfer gefordert, die für England als den Gendarmen der Welt, als den Hüter des Wohles und der Freiheit aller Länder zu leisten sind; insbesondere, die britische Seeherrschaft dient der Gemeinschaft der Völker, sie ist daher uneigennützig, und es versteht sich von selbst, daß jeder Feind dieser Herrschaft ein Pirat ist. Ein paralleler Zug läßt sich auch in der kontinentalen Politik Englands wahrnehmen, und zwar schon seit der Zeit, als das moderne Völkerrecht noch in seinen Anfängen stand. In dieser Hinsicht sei eine von mir in anderem Zusammenhang erwähnte Stelle bei Ranke (Englische Geschichte I, 3. Buch) über die Kriegspläne der Königin Elisabeth gegenüber Spanien, aus der Zeit von 1602—1603, angeführt:

„... In Italien ... sollte Venedig die nächsten spanischen Gebiete angreifen. Wenn sie (Elisabeth) die Venezianer zu Hilfe rief — unter anderem wollte sie auch eine Anleihe bei der Republik machen —, so führte sie ihnen zu Gemüte, wie sehr der Widerstand, den sie der spanischen Monarchie entgegensetze, dem europäischen Gemeinwesen zugute komme; dadurch geschehe es, daß dieselbe in der Ausführung ihrer tyrannischen Absichten in aller Welt, in den Niederlanden und in Deutschland, in Frankreich und Italien verhindert werde; die Republik, welche die Freiheit liebe, werde das erkennen."

— ein in immer neuen Varianten bis auf diesen Tag gehörtes Lied. Die Gleichsetzung der britischen Interessen mit dem europäischen Gemeinwohl wird ausgedehnt zu der Behauptung, daß die Sorge für den Fortschritt und das Wohl der Menschheit die Mission Englands sei, daß England für die Befreiung der Völker von den Tyrannen kämpfe; ja, es geht diese Beweisführung im Grunde noch hinaus über den Satz, daß die britischen Interessen und das Weltinteresse dasselbe seien: England sorgt sich überhaupt nicht um sich selbst, sondern einzig und allein um die Welt. Dieser Eindruck wird auch durch unausbleibliche Entgleisungen nicht getrübt, wenn z. B. England in seinen Vorbehalten zum Kelloggpakt (1928) davon spricht, daß dieser bekanntlich restlos universale, den Krieg ächtende Pakt von England nur unbeschadet der besonderen Lebensinteressen des Britischen Reiches angenommen werde[7]).

Im Hinblick auf das Völkerrecht besteht nun die Schwäche der Lehre von Englands Mission als dem Hüter der Weltinteressen darin, daß ihre Beweisführung, in der Art eines ethisch und soziologisch gehaltenen „cant", nicht ausreicht, diese Doktrin als einen Grundsatz des Völkerrechts schmackhaft zu machen. Es handelt sich also darum, die Rolle Englands sozusagen anonym zu machen, sie mittels eines generellen Satzes zu tarnen. Die Patentlösung schien sich zu finden im Gedanken der „kollektiven Sicherheit", unter Wiederaufnahme der alten, seit Augustinus bis in das 18. Jahrhundert hinein behaupteten These von der Zulässigkeit eines Strafkrieges gegen den Rechtsbrecher. Für diese Idee war zwar kein Raum mehr, nachdem mit der Lehre vom souveränen Staat der Gedanke eines christlichen Weltstaates aufgegeben worden war zugunsten der Vorstellung, auf der nun eben das „Völkerrecht" beruht; das Völkerrecht kennt, im Rechtssinn, keine Unterscheidung zwischen gerechten und ungerechten Kriegen, vielmehr spricht es jedem Staat, auch dem angeblichen Friedensbrecher, auf Grund seiner Souveränität das „jus ad bellum" zu. Ungefähr seit 1915 begann nun zunächst von englischer Seite, weiterhin unterstützt durch die Vereinigten Staaten von Amerika, die Propaganda für ein System der Gewährleistung des Weltfriedens durch kollektiv durchzuführende Sanktionen gegen den Störer. Damit war also, zunächst mit der Spitze gegen Deutschland, der alte Gedanke einer überstaatlichen Verbindung zum Kreuzzug gegen den Friedensbrecher wieder aufgenommen, und es fügte sich, daß eben hier ein Weg gegeben schien, die Vormacht Englands mittels eines neuen völkerrechtlichen Systems zu konstituieren, das in seinem Kernstück, der generellen und universalen Norm des Art. 16 mit Art. 17 des Völkerbundspaktes tatsächlich auf Maßnahmen der Seemacht Englands, auf den Handelskrieg gegen den angeblichen Friedensbrecher zugeschnitten war. Während die Bemühungen der Franzosen, in Fortentwicklung des Völkerbundspaktes den Gedanken der Sanktionen für ihre eigene Vormacht auf dem europäischen Festland nutzbar zu machen, erfolglos[8]) geblieben sind, glaubte England in jenem Art. 16 ein Instrument geschaffen zu haben, das nun endlich eine rechtliche Grundlage für die angemaßte Stellung Englands als Gendarm der Welt bilden und so den Einklang zwischen Völkerrecht und den Interessen des Empire herstellen würde. Diese Hoffnung erwies sich mit dem Mißerfolg der Sanktionen gegen Italien und der nunmehr entschlossenen Abkehr der Neutralen von Art. 16 als trügerisch. Indem die Neutralen, ausdrücklich unter Berufung auf den Grundsatz der Souveränität und Neutralität ihre Verpflichtung zur Teilnahme an Sanktionen bestritten, brachten sie das System von Genf und mit ihm auch die völkerbundsrechtliche Konstituierung der britischen Suprematie zum Einsturz. Das, wie es England selber nannte in seiner Note an den Völkerbund v. 7. Sept. 1939, nouveau système, scheiterte im Stadium des Versuchs und offenbarte sich als ein Musterfall des cant; da England und sein Alliierter Frankreich selber niemals das Objekt eines Kreuzzugs nach Art. 16 werden konnten, so war das Ganze, in seiner universalen Fassade kurzgesagt ein kecker Schwindel zur Entrechtung der Neutralen, gekrönt durch den Beistand angelsächsischer und französischer Völkerrechtswissenschaft[9]).

Der Zusammenbruch des pseudo-rechtlichen Systems von Genf durch die Abkehr der Neutralen von der Bereitschaft, gegebenenfalls ihre Pflicht zur Teilnahme an Sanktionen zu erfüllen, schuf für die englische Völkerrechtspolitik eine neue Lage. Mindestens seit dem Frühjahr 1938 wird aus Reden und Handlungen der leitenden britischen Staatsmänner die Schwenkung vom kollektiven Sicherheitssystem, auf das England bis zum Abessinien-Krieg so großes Vertrauen gesetzt hatte, zur Einkreisung Deutschlands mittels einzelner Beistandsverträge und aufgedrungener Garantien offenbar. Am 24. März 1938 empfiehlt Neville Chamberlain im Unterhaus den „Verzicht auf die schwerfällige und lästige Maschinerie von Genf" zugunsten des

[7]) Über den Kelloggpakt in diesem Zusammenhang vgl. meinen demnächst erscheinenden Aufsatz „Die Kriegserklärungen der Westmächte und der Kelloggpakt" in Ztschr. f. Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, ferner Carl Schmitt, „Großraumordnung", insbes. S. 48.

[8]) Siehe Bilfinger, „Der Völkerbund als Instrument britischer Machtpolitik", 1940, S. 43.

[9]) Siehe etwa Carl Schmitt, „Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff", München 1938, S. 26 ff.

„Operierens mit einer kleinen Zahl von Nationen", um den „blitzartigen Schlägen des modernen Krieges" gewachsen zu sein[10]). Weiterhin muß die britische Staatsleitung zugeben, daß sie damit eine Preisgabe des „neuen Systems" und die Rückkehr zum „alten" Völkerrecht vollzogen hat. Indem nämlich die britische Regierung in ihrer Note v. 9. Sept. 1939 dem Völkerbund mitteilt, es habe sich in Ausführung ihrer gegenüber Polen eingegangenen Verpflichtungen angesichts des (angeblichen) Angriffs Deutschlands auf Polen der Kriegszustand zwischen England und Deutschland ergeben, bekennt sie, daß sie den Krieg mit Deutschland außerhalb des Kollektivsystems des Art. 16 und 17 des Völkerbundspaktes und lediglich auf der Rechtsgrundlage eines zweiseitigen Allianzvertrags, mithin im Rahmen des „alten" Völkerrechts begonnen hat.

Die britische Regierung konnte daher, gemäß dem von ihr selbst festgelegten Standpunkt nunmehr die Fragen des sog. jus in bello, insbesondere die völkerrechtlichen Grundsätze der Seekriegsführung und der Neutralität nicht mehr mit Hilfe des Völkerbundsrechts (Art. 16, 17) behandeln, das ihr einen Freibrief zur Vergewaltigung der Neutralen hatte liefern sollen. Vielmehr mußte England nun damit rechnen, daß seine Kriegführung im gegenwärtigen Kriege nach dem überkommenen allgemein anerkannten Völkerrecht beurteilt werde, das die Rechtsstellung der Neutralen gegenüber den Kriegführenden unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs zwischen den souveränen Rechten beider Gruppen regelt.

Aus dieser Erwägung heraus und aus dem festen Entschluß Englands, sich entsprechend seiner im Weltkrieg und vordem befolgten Praxis über die Rechte der Neutralen nach Belieben hinwegzusetzen, erklärt sich der denkwürdige, in der neueren Geschichte des Völkerrechts einzig dastehende Schritt, den England und, auf sein Betreiben hin, mit ihm einige seiner Trabanten im September 1939 durch Aufkündigung ihrer Einlassungspflicht vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof getan haben: Man sagte sich los von der sog. Fakultativklausel Art. 36 des Statuts dieses Gerichts „wegen veränderter Umstände" und erklärte entgegen der seinerzeit eingegangenen Verpflichtung, daß die Zuständigkeit des Haager Gerichts für Streitfälle aus Anlaß des gegenwärtigen Krieges nicht mehr anerkannt werden könne[11]). Über die Gründe gewährt hinreichenden Aufschluß die britische Note vom 7. Sept. 1939 mit der beigefügten Niederschrift aus einer Sitzung des Unterhauses von 1929. Dabei wird, im Sinn des oben angedeuteten Gedankenganges, unter Hinweis auf den vollkommenen Zusammenbruch („effondrement complet") des Völkerbundspaktes und dessen „Mechanismus zur Aufrechterhaltung des Friedens" gesagt: Aus den (seinerzeit dem Völkerbund nicht mitgeteilten) Unterhausverhandlungen von 1929 ergebe sich, daß England bei seiner Unterschrift unter die Fakultativklausel damit gerechnet habe, inskünftig einen Krieg nur noch als einen (von ihm selbst gewollten) Sanktionskrieg nach Art. 16, 17 führen zu müssen; bei einem solchen Krieg „können sich keine Debatten wegen neutraler Klagen über unsere (die britische) Seekriegsführung erheben, und es seien Argumente, die auf das alte Recht der Kriegführung und der Neutralität begründet werden, alsdann unerheblich".

[10]) Siehe Bilfinger a. a. O. S. 24; dort auch Belege.

[11]) Näheres und Material siehe Graf Moltke in Ztschr. für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht 1940, 620 ff. und dazu die Urkunden S. 725 ff.

Dies bedeutet mehr als etwa die bloße Ankündigung, daß England und seine Mitläufer sich weigern, ihre, also wesentlich die britische, Seekriegsführung und die Rechtsprechung ihrer Prisenhöfe durch das Haager Gericht nachprüfen zu lassen. Es handelt sich, nachdem die völkerbundsrechtliche Tarnung der Sabotage des „alten" Völkerrechts durch England mittels des Art. 16 mißlungen war, um die förmliche Erklärung des planmäßigen Ungehorsams gegen das Völkerrecht auf seinem praktisch wichtigsten Anwendungsgebiet. England erscheint nicht als Leugner, wohl aber als der Feind des Völkerrechts und der Freiheit der Nationen, für die es zu kämpfen vorgibt.

Überlegt man sich im Hinblick auf diesen Vorgang erneut die Frage, ob der überkommene Völkerrechtsbegriff noch tragbar sei, so soll hierbei zwar nicht auf das Wort von der Eule und der Nachtigall, also nicht auf die Erfahrung zurückgegriffen werden, daß im allgemeinen das, was in einer Sache der einen Partei im Wege steht, im Zweifel ihrem Gegner förderlich sein wird. Allein wir können schließlich doch nicht ganz an der Tatsache vorübergehen, daß das heutige Völkerrecht nach dem Wortlaut der britischen Erklärung „old law of belligerency and neutrality", der englischen Seekriegführung nicht paßt, so daß sie, wie es in jener Erklärung heißt, mit „neutral complaints of our naval action" rechnen muß[12]).

Noch ein Wort zu den von England so oft, insbesondere seinerzeit in seinen Vorbehalten zum Kelloggpakt betonten „Interessen". Bismarck hat in der Sitzung des Reichstags v. 6. Febr. 1888 gesagt:

> „Jede Großmacht, die außerhalb ihrer Interessensphäre auf die Politik der anderen Länder zu drücken und einzuwirken und die Dinge zu leiten sucht, die periklitirt außerhalb des Gebietes, welches Gott ihr angewiesen hat, die treibt Machtpolitik und nicht Interessenpolitik, die wirtschaftet auf Prestige hin[13])."

Die sog. Frage von Danzig, die deutsche Auseinandersetzung mit Polen waren Fragen der deutschen Lebensinteressen und des deutschen Lebensraums. England hatte da ebensowenig etwas zu suchen, wie etwa in den Donaukommissionen alter und neuer Zusammensetzung. In Wahrheit handelt es sich bei diesen und anderen Versuchen britischer Einmischung, nach dem Wort Bismarcks, um bloße Macht- und Prestigepolitik und nicht um wirkliche Interessen. England, das bisher diese seine universale, „pan-interventionistische"[14]) Machtpolitik mit der Behauptung zu stützen suchte, es habe überall Interessen, also eben die Interessen aller wahrzunehmen, konnte daher mit seinem alten Satze „Recht oder Unrecht, mein Land", nicht mehr durchkommen, und so kam es zu dem nun endgültig gescheiterten Versuch Englands, eine Völkerrechtspolitik zu treiben, die den Begriff des allgemeinen Völkerrechts seiner Weltmachtpolitik anpassen sollte.

[12]) Vgl. die Erklärung des Präsidenten von Brasilien Vargas laut DNB. v. 9. Dez. 1940: „... Nationen, die in ihren Rechten und Interessen respektiert werden wollen, haben die Verpflichtung, durch Tatsachen zu beweisen, daß sie die Rechte und Interessen anderer auch respektieren. Das gilt besonders für die, die sich als Muster der Zivilisation hinstellen und als Paladine der Völkerfreiheit ausrufen ..."

[13]) StenBer. über die Verhandlungen des Reichstags VII. LegPer. 2. Sess. 1887/88, 2. Band, S. 725 (D).

[14]) Carl Schmitt, „Großraumordnung" S. 33.

Die totale Blockade gegen England

Von Marinekriegsgerichtsrat Dr. von Tabouillot

I. Am 19. Aug. 1940 hat die deutsche Reichsregierung in einer an die neutralen Staaten gerichteten Note bekanntgegeben, daß die britische Insel und die an sie grenzenden Gewässer in ihrer Gesamtheit zum Operationsgebiet geworden sind, in dem jedes Schiff der Gefahr der Vernichtung ausgesetzt sei. Das Gebiet, das von dieser Bekanntmachung erfaßt wird, erstreckt sich von der Kanalküste etwa von Ostende auf dem 4. Längengrad nach Norden bis etwa zur Höhe von Aalesund, läuft von dort bis zum 58. Breitengrad und 20. Längengrad West (etwa Höhe der Hebriden) und geht von dort südlich bis zum 45. Breitengrad und durch den Golf von Biskaya bis zur französischen Westküste nach St. Nazaire und Brest.

Mit dieser Bekanntmachung ist die deutsche Seekriegsführung in eine neue Phase dieses an Überraschungen so reichen Krieges eingetreten. Es bedarf der Hervorhebung, daß der von Deutschland bisher geführte Handelskrieg sich streng im Rahmen der durch die Prisenordnung gesteckten Grenzen und gegebenen Möglichkeiten gehalten hat, ohne daß bisher weder von dem im Seekriegsrecht anerkannten Mittel der Erklärung von Operationsgebieten noch von der in der Prisenordnung selbst vorgesehenen Verhängung einer Blockade Gebrauch gemacht worden ist. Aus dieser selbstauferlegten Zurückhaltung ist die deutsche Seekriegsführung auch nicht einmal dann herausgetreten, als Großbritannien in Anlehnung an das während des Weltkriegs geübte Verfahren am 27. Nov. 1939 durch Verhängung der sogenannten Fernblockade alle Waren deutschen Ursprungs oder Eigentums oder solche, die in Deutschland an Bord genommen worden sind, beschlagnahmte. Auf diese mit den Grundsätzen des Seekriegsrechts und insbesondere mit den Regeln der Blockade unvereinbare Maßnahme hat Deutschland bisher nicht geantwortet. Die Reichsregierung hat sich vielmehr in einer amtlichen Erklärung im Anschluß an die Veröffentlichung der englischen Order in Council alle Rechte und Schritte wegen dieser Verletzung des Völkerrechts durch England vorbehalten. Daß die deutsche Regierung fast neun Monate in der Lage gewesen ist, mit größter Langmut die englischen Maßnahmen unbeantwortet zu lassen, ist ein Beweis für die Stärke der deutschen Kriegsführung. Nur ein Kriegführender, der auf so einzigartige militärische Erfolge, wie Deutschland sie in den letzten Monaten errungen hat, zurückblicken kann, ist in der Lage, unter Zurückstellung berechtigter Wünsche, zu sofortigen Gegenmaßnahmen den geeigneten Zeitpunkt zum Gegenschlag abzuwarten.

II. Die am 19. Aug. erfolgte Erklärung bestimmter Operationsgebiete stellt den seinerzeit in Aussicht genommenen Gegenschlag Deutschlands auf den völkerrechtswidrigen Versuch der Verhängung einer Hungerblockade dar, eine Maßnahme, die sich nunmehr mit der ganzen Wucht und Schärfe, die der deutschen Wehrmacht eigen ist, gegen das englische Inselreich richtet. Im Gegensatz zu der von England verhängten und auf dem Papier stehenden Fern- und Hungerblockade handelt es sich hierbei um eine durch den Einsatz schärfster Machtmittel gesicherte moderne Form der Nahblockade.

Durch das deutsche Nachrichtenbüro ist am gleichen Tage, an dem die Note den neutralen Regierungen übermittelt wurde, eine Bekanntmachung veröffentlicht worden, die die nähere Begründung und Erläuterung zu der obigen Maßnahme enthält. Die Bekanntmachung nimmt einleitend Bezug auf die englische Konterbande-Erklärung v. 14. Sept., in der u. a. alle Nahrungsmittel als relative Konterbande erklärt wurden, auf die bereits erwähnte Order in Council v. 27. Nov., auf die Verwendung von Treibminen, den Einsatz von Handelsschiffen zu Kriegshandlungen, die Beschlagnahme der Handelsschiffe von Norwegen, Holland, Belgien, Dänemark und Frankreich, sowie die von England eingeführten Zwangsmittel gegenüber der neutralen Schiffahrt. Im Anschluß hieran fährt die Bekanntmachung fort:

Was das Seegebiet um England betrifft, so findet hier bei den sich immer steigernden Kampfhandlungen der beiderseitigen Luft- und Seestreitkräfte ein normaler Handelsverkehr überhaupt nicht mehr statt. Der neutralen Schiffahrt werden vielmehr heute durch Minen, Vorpostenboote, Luftpatrouillen, englische Küstenbatterien usw. ihre Routen und ihre Handlungsweise vorgeschrieben; wieder andere neutrale Schiffe fahren meist unter Zwang in Konvois englischer Seestreitkräfte. Von einer freien Schiffahrt in diesen Meeren kann daher heute nicht mehr die Rede sein. Die Entwicklung zeigt vielmehr, daß die neutrale Schiffahrt, soweit sie heute überhaupt noch nach England fährt, allen Gefahren der Kriegshandlungen unterworfen ist, und daß sie nach Lage der Dinge direkt oder indirekt von England zu Hilfsdiensten mißbraucht wird. England selbst hat also durch seine jedem Völkerrecht hohnsprechenden Maßnahmen das ganze Seegebiet um seine Inseln zum militärischen Operationsgebiet gemacht, ein Zustand, der es jedem wirklich neutralen Schiff verbieten sollte, sich in diese Meere zu begeben.

Nach diesem einleitenden Rückblick gibt die Reichsregierung ihrer Entschlossenheit Ausdruck, Gleiches mit Gleichem zu vergelten und ihre militärischen Machtmittel mit derselben Rücksichtslosigkeit gegen die Schiffahrt um England einzusetzen und stellt fest:

„Die belagerte Festung ist heute nicht mehr Deutschland, sondern das englische Inselreich. Der mißlungenen englischen Hungerblockade gegen deutsche Frauen und Kinder setzt nunmehr Deutschland die totale Blockade der britischen Inseln entgegen, die hiermit verkündet wird. Das Oberkommando der Wehrmacht wird bei seinen Operationen die günstige strategische Lage, die die Beherrschung der kontinentalen Küsten von der Biskaya bis zum Nordkap, sowie die Überlegenheit im See- und Luftraum um England den deutschen Streitkräften bieten, in vollem Umfange ausnutzen. Der Seekrieg ist in dem Gebiet um England in vollem Umfang entbrannt. Das gesamte Gebiet ist mit Minen verseucht. Die Flugzeuge greifen jedes Schiff an. Jedes neutrale Schiff, das dieses Gebiet in Zukunft befährt, setzt sich daher der Gefahr der Vernichtung aus. Die Reichsregierung lehnt in Zukunft ohne jede Ausnahme die Verantwortung für irgendwelche Schäden, die Schiffen jedweder Art oder Personen in diesem Gebiet zustoßen sollten, ab.“

III. Um der tatsächlichen und rechtlichen Bedeutung dieses Vorgehens gerecht zu werden, erscheint es erforderlich, zum Vergleich die Maßnahmen

ins Gedächtnis zurückzurufen, die **während des Weltkrieges** damals von seiten der kriegführenden Parteien auf dem Gebiet des Seekrieges getroffen worden sind. Zeigt doch gerade ein Vergleich mit diesen Vorgängen die grundsätzlich veränderte politische und militärische Lage, in der sich heute das Großdeutsche Reich in dem ihm aufgezwungenen Freiheitskampf gegen das englische Imperium gegenüber der Situation von 1914 befindet.

Dies wird vor allem deutlich bei einer Betrachtung der Bekanntmachung der britischen Admiralität v. 2. Nov. 1914 über die Erklärung der gesamten Nordsee zur „Military Area", die die neutralen Schiffe aller Art vor den Gefahren von Minen usw. warnt. Es ist bezeichnend für die Passivität der jetzigen britischen Seekriegsführung, daß eine ähnliche Maßnahme nicht nur nicht erfolgt ist, sondern daß England in diesem Kriege nicht in der Lage gewesen ist, trotz seiner starken Flotte, die Seeherrschaft in der Nordsee an sich zu reißen.

Die deutsche Antwort auf die englische Bekanntmachung war die Kriegsgebietserklärung v. 4. Febr. 1915, in der — ähnlich wie bei der jetzigen Bekanntmachung v. 19. Aug. — die Gewässer um Großbritannien und Irland mit Einschluß des gesamten Kanals als Kriegsschauplatz bezeichnet wurden, mit der Maßgabe, daß der feindlichen Schiffahrt mit allen zur Verfügung stehenden Kriegsmitteln entgegengetreten wird. Es folgte von englischer Seite die bereits erwähnte Order in Council v. 11. März 1915, mit der die Hungerblockade gegen Deutschland eröffnet wurde, eine Maßnahme, zu der England auch jetzt in gleicher Form mit der Order in Council v. 27. Nov. 1939 übergegangen ist[1]). Die erst zwei Jahre später im Zusammenhang mit dem Beginn des verschärften U-Boot-Krieges erlassene deutsche Sperrgebietserklärung v. 31. Jan. 1917, in der es heißt, daß in den Sperrgebieten um Großbritannien herum **jedem** Seeverkehr ohne weiteres mit allen Waffen entgegengetreten werde, bildet den Abschluß dieser Reihe von Maßnahmen, die auch damals von seiten Großbritanniens eingeleitet worden sind.

IV. Aus der vorstehenden Übersicht über die Maßnahmen der Kriegführenden auf dem Gebiete des Seekriegsrechts geht mit aller Deutlichkeit hervor, daß die Kriegführenden schon während des Weltkrieges die bestehenden Grundsätze und völkerrechtlich anerkannten Regeln des Blockaderechts weiter fortgebildet, den veränderten Formen und Mitteln neuzeitlicher Seekriegführung angepaßt und erweitert haben. Wenn daher die deutsche Regierung nunmehr mit ihrer Bekanntmachung vom 19. Aug. zu einem ähnlichen Schritt gegriffen hat, so kann sie sich bei diesem ihren Vorgehen nicht mit Unrecht auf die Vorgänge des Weltkrieges berufen. Eine nicht unerhebliche Rolle wird bei einer Würdigung dieses Vorgehens naturgemäß der Erkenntnis zukommen, daß durch den Einsatz der Luftwaffe, sei es im Luftkrieg, sei es im Seekrieg und im Zusammenwirken von See- und Luftstreitkräften, auch die tatsächlichen Voraussetzungen und Grundlagen, die seinerzeit bei der Abfassung der ursprünglichen Regeln über das Blockaderecht vorlagen, und die schon während des Weltkrieges abgewandelt worden sind, grundsätzlich andere geworden sind.

Aus dem Wortlaut der Note geht hervor, daß diese im Gegensatz zu der deutschen Bekanntmachung vom Februar 1915 den neutralen Schiffen nicht etwa das Befahren der Gewässer um England verbietet, daß es sich mithin also nicht um eine Sperrgebietserklärung handelt, sondern nur um die Bezeichnung eines bestimmten Teiles der hohen See als militärisches Kampfgebiet („war-zone").

Damit hat sich die deutsche Regierung für die Gestaltung ihrer Seekriegführung eines Mittels bedient, das unsere Gegner im Weltkrieg bereits z. B. bei der englischen Bekanntmachung vom November 1914, später auch im Januar 1917 trotz der Proteste der Neutralen angewandt haben.

War die völkerrechtliche Zulässigkeit derartiger Kampfgebiete, die ja als eine Neuerscheinung wie jedes neue Kriegsmittel naturgemäß zunächst auf Ablehnung stoßen mußte, während des Weltkriegs weitgehend bestritten, so hat sich in dieser Auffassung auf Grund der veränderten Verhältnisse ein Wandel vollzogen. In diesem Zusammenhang ist der Protest der holländischen Regierung v. 16. Nov. 1915 gegen die britische Kampfgebietserklärung vom November 1914 von besonderem Interesse, in dem es u. a. heißt, daß

> „une mer de la superficie de la Mer du Nord ne peut être considerée dans toute son étendue comme la sphère d'action immédiate des opérations des belligérants.
>
> En qualifiant de zone militaire toute cette région, une grave atteinte est portée au principe fondamental de la Liberté des Mers, principe reconnu par toutes les nations du globe."

Geht man von der Richtigkeit der hier vertretenen Grundsätze aus und stellt dieselbe Frage auch bei der deutschen Erklärung von 1940, so kann nicht zweifelhaft sein, daß diese Argumente, die damals mit Recht von der holländischen Regierung gegenüber der englischen Maßnahme geltend gemacht werden konnten, heute gegenüber der deutschen Bekanntmachung versagen würden. Die deutsche Kampfgebietserklärung umfaßt im Gegensatz zu der englischen von 1914 nicht die gesamte Nordsee, sondern nur die Gebiete um England einschließlich des Kanals. Aus den Ausführungen in der deutschen Note geht ferner mit Deutlichkeit hervor, daß infolge des Einsatzes der Luft- und U-Boot-Waffe unter Benutzung der an der französischen Küste liegenden Stützpunkte nicht nur der Kanal, sondern auch die gesamten Gewässer um England zum militärischen Operationsgebiet geworden sind. Diese in dem Seegebiet um England gegebene militärische Lage sowie die Tatsache, daß ein friedlicher Handelsverkehr an der englischen Küste nicht besteht, führen zwangsläufig zu der Feststellung, daß der Grundsatz der Freiheit der Meere und der Freiheit des neutralen Handels infolge der von englischer Seite getroffenen Maßnahmen in diesem Gebiet keine Anwendung mehr finden kann. Wenn daher überhaupt von einer Verletzung der Freiheit der Meere in diesem Zusammenhang gesprochen werden kann, so ist eine solche nicht erst durch die deutsche Bekanntmachung v. 19. Aug. eingetreten, sondern bereits durch die schon vorher gegebene tatsächliche Lage.

Gerade diese Feststellung läßt den wesentlichen Unterschied zwischen der englischen Maßnahme von 1914 erkennen, die damals zu einer ersten Einschränkung der Freiheit der Meere führte, und der

---

[1]) Ein Vergleich der Order in Council v. 27. Nov. 1939 mit derjenigen vom März 1915 zeigt, daß beide fast wörtlich übereinstimmen, eine Tatsache, die die Unfähigkeit der britischen Regierung beweist, sich den zweifellos veränderten Verhältnissen durch neue Formen und Mittel der Kriegführung anzupassen.

jetzigen deutschen Maßnahme, bei deren Erlaß eine Freiheit der Meere in dem zum Operationsgebiet gewordenen Raum nicht mehr bestand.

Daß sich in der Frage der Zulässigkeit solcher Kampfgebietserklärungen, jedenfalls soweit sie für Handelskriegszwecke verwandt werden, eine Wandelung auch in der Auffassung der Staaten vollzogen hat, scheint aus der Haltung der Vereinigten Staaten hervorzugehen.

Während die USA. sowohl gegen die erste britische Bekanntmachung von 1914 mehrfach, wenn auch nur formell, protestierten, und auch gegen die spätere Erklärung vom Januar 1917 in ihrer Note v. 19. Febr. 1917 darauf hinwiesen, daß sie sich alle Rechte wegen dieser Erklärung vorbehalten müßten,

„as the question of appropriating certain portions of the high seas for military operations, to the exclusion of the use of the hostile area as a common highway of commerce, has not become a settled principle of international law assented to by the family of nations . . .",

hat es den Anschein, als wenn die USA. seit dem Erlaß ihres letzten Neutralitätsgesetzes diesen während des Weltkrieges eingenommenen Standpunkt einer Revision unterzogen hätten. Nur so ist es verständlich, wenn wir in dem neuen amerikanischen Gesetz v. 4. Nov. 1939 im Art. 3 eine Bestimmung finden, die den Präsidenten ermächtigt, durch Proklamation Kampfgebiete festzulegen, deren Befahren amerikanischen Schiffen und amerikanischen Staatsangehörigen verboten ist.

Unter Berufung auf diese Ermächtigung hat denn auch in der Tat Präsident Roosevelt in einer dritten Proklamation über die Festlegung von Kampfgebieten die Gewässer um Großbritannien einschließlich des Kanals sowie die gesamte Nordsee als Kampfgebiet erklärt und diese Erklärung mit Eintritt Italiens in den Krieg auch auf das Mittelmeer ausgedehnt. Diese Erklärungen enthalten stillschweigend[2]) das Eingeständnis, daß solche Kampfgebiete zulässig sind.

Gerade diese Frage ist im übrigen bei den Erörterungen der American Society of International Law 1937, gleichfalls gestellt und von dem bekannten Völkerrechtler Professor Finch wie folgt beantwortet worden:

„I am very glad that the suggestion which has been made in the last few years in the consideration of our Neutrality Law, of forbidding the passage of American vessels to or through war zones, has not been adopted, because that would be an admission of the legality of this new and unrecognized method of carrying on a blockade without regard to previously existing rules. If we maintain the attitude, as we are doing now, of honrecognition of the war zone, our Governement will be in a position not only to protest against a violation of our rights within such a zone by surface vessels, but also by undersea vessels and by airship."

V. In Übereinstimmung mit den während des Weltkrieges getroffenen Maßnahmen enthält auch die deutsche Note keine formelle Blockadeerklärung im Sinne der althergebrachten Blockaderegeln, sowie sie etwa während des Weltkrieges im Februar 1915 von Großbritannien und Frankreich über die Küsten von Deutsch-Ostafrika oder im August 1914 von Japan über die Küsten von Kiautschou erklärt worden sind.

Nach dem Wortlaut der Bekanntmachung des DNB. sowie nach dem Zweck der deutschen Note kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, daß das deutsche Vorgehen praktisch der Abschnürung Englands vom Welthandelsverkehr dient und damit tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, in erster Linie eine Maßnahme der Handelskriegsführung darstellt, mit der nunmehr der entscheidende Schlag gegen das englische Inselreich geführt werden soll. Die Bekanntmachung des DNB. spricht zudem ausdrücklich davon, daß eine totale Blockade verkündet wird.

Unter Anlehnung an die Praxis des Weltkrieges, in dessen Verlauf die Kriegführenden mehrfach sich der äußeren Form einer Kriegs- oder Sperrgebietserklärung bedient haben, um der Sache nach eine Handelsblockade durchzuführen, zeichnet sich hier eine moderne Form der Handelsblockade ab, die den veränderten militärischen Verhältnissen Rechnung trägt. Die bisher anerkannten Grundsätze des Blockaderechts gingen davon aus, daß eine Blockade auf die feindlichen Häfen oder Küsten beschränkt bleiben sollte, und daß nur gegen solche Schiffe vorgegangen werden könne, die den Versuch einer Durchbrechung dieser Blockade unternehmen. Derselbe Gedanke findet sich auch im Art. 1 der bekanntlich nicht ratifizierten Londoner Erklärung über das Seekriegsrecht von 1909, wenn es dort heißt, daß die Blockade auf die feindlichen oder vom Feinde besetzten Häfen und Küsten beschränkt werden müsse. Diese Rechtsregeln gehen von der selbstverständlichen Voraussetzung aus, daß ein friedlicher neutraler Handelsverkehr auf der hohen See in der weiteren Umgebung des blockierten Gebietes besteht, sie dienen damit gleichzeitig dem Schutz des Rechtes auf Freiheit des neutralen Handels. Die hier aufgestellten Voraussetzungen sind jedoch — wie in der Bekanntmachung im einzelnen dargelegt ist — in dem Seegebiet um England nicht mehr vorhanden, die veränderte militärische Lage im Küstenvorfeld sowie in der weiteren Umgebung der englischen Insel zwingen daher auch zu einer veränderten Würdigung und Auslegung der geltenden blockaderechtlichen Bestimmungen.

Kann somit in dem obigen Sinne von einer Fortbildung der völkerrechtlichen Grundsätze über die Handelsblockade gesprochen werden, so schließt dies auf der anderen Seite die Feststellung nicht aus, daß die deutsche Maßnahme darüber hinaus sachlich in wesentlichen Punkten die Voraussetzungen erfüllt, die das geltende Recht für eine Blockade erfordern würde.

Die Grundlage des Blockaderechtes bildet noch heute die berühmte Erklärung über die Grundsätze des Seerechts v. 16. April 1856 (sogenannte Pariser-Deklaration), deren Ziff. 4 bestimmt, daß Blockaden, um rechtsverbindlich zu sein, wirksam sein müssen, das heißt durch eine Streitmacht aufrechterhalten werden müssen, welche hinreicht, um den Zugang zur Küste des Feindes wirklich zu verhindern. In Anlehnung an diese grundlegende Bestimmung hat auch die Londoner Erklärung von 1909 in ihrem 1. Kapitel in den Art. 1—21 Vorschriften über die Blockade aufgenommen, in denen die Form der Bekanntmachung, die Rechte gegenüber Blockadebrechern usw. geregelt sind. Als wichtigster allgemein anerkannter völkerrechtlicher Grundsatz, der übrigens auch bei den Auseinandersetzungen über die englische Hungerblockade während des

---

[2]) Es mag sein, daß der Zweck der Erklärung in erster Linie in dem natürlichen und verständlichen Bestreben Amerikas zu sehen ist, das Leben und das Eigentum amerikanischer Staatsangehöriger nicht wieder wie im Weltkrieg leichtfertig aufs Spiel zu setzen. Das schließt jedoch nicht aus, daß aus ihnen die obige Folgerung gezogen wird.

Weltkrieges eine Rolle gespielt hat, kann aus der Gesamtheit dieser Bestimmungen der Grundsatz der Effektivität einer jeden Blockade abgeleitet werden, der sich vor allem gegen die sogenannte Papierblockade richtet, also eine Maßnahme, bei der keinerlei oder nicht ausreichende militärische Mittel vorhanden sind, um die sich aus der Blockade ergebenden Rechte auch militärisch durchzusetzen.

Was bedeutet nun dieser hier verwandte Begriff der Effektivität? Während früher im Anschluß an die zweite bewaffnete Neutralität von 1780 die allgemeine Auffassung dahin ging, daß eine Blockade nur dann als effektiv angesehen werden kann, wenn der Zugang zu dem blockierten Gebiet durch eine Kette von Kriegsschiffen („cruiser-cordon“) derart abgesperrt wird, daß ein Passieren dieser Kette nicht ohne Gefahr für das Schiff erfolgen kann, sind jetzt die Anforderungen hinsichtlich der Effektivität einer Blockade wesentlich herabgesetzt worden.

Der Art. 3 der Londoner Erklärung sagt zunächst ganz allgemein, daß die Frage der Effektivität einer Blockade eine Tatfrage ist, die also im wesentlichen von den Verhältnissen des einzelnen Falles, der geographischen Lage, der zur Verfügung stehenden eigenen und gegnerischen Streitkräfte und Blokkademittel u. a. m. abhängt. Im allgemeinen wird es als ausreichend bezeichnet, wenn eine wirkliche Gefahr der Beschlagnahme besteht, oder Mittel vorhanden sind, „sufficient to render the capture of vessels attempting to go in or come out most probable“, oder „to render egress and ingress dangerous“, wobei es andererseits keine Rolle spielt, ob das eine oder andere Schiff oder sogar eine Reihe von Schiffen beim Ein- oder Auslaufen tatsächlich nicht beschlagnahmt werden. Nicht die Zahl der beschlagnahmten oder zerstörten Schiffe, nicht ihr Verhältnis zu den Blockadebrechern ist entscheidend für die Effektivität einer Blockade, sondern lediglich die Tatsache, ob jedes der blokkadebrechenden Schiffe jederzeit mit der Möglichkeit seiner Beschlagnahme durch den Gegner rechnen mußte.

Daß auch dieser Begriff der Effektivität in starkem Maße von den tatsächlichen Gegebenheiten und Mitteln der Kriegführung, dem beiderseitigen „potentiel de guerre“ abhängig ist, bedarf keiner Hervorhebung. Die Verwendung der Luftwaffe im Handelskrieg, die mit ihrem erhöhten Aktionsradius weit besser in der Lage ist, eine Überwachung großer Räume vorzunehmen, hat nicht zuletzt dazu beigetragen, auch hier eine Wandelung herbeizuführen.

Wendet man diese Grundsätze auf die deutsche Bekanntmachung v. 19. Aug. an, so besteht kein Zweifel an der Effektivität der deutschen Blockade. Sie ist alles andere als eine Papierblockade. Das beweisen die fast täglich veröffentlichten Zahlen der Versenkung und Zerstörung feindlicher Schiffe durch die deutsche U-Boot- und Luftwaffe, das beweisen die Erfolge unserer Schnellboote und unserer Küstenbatterien, die alle zu ihrem Teil dazu beitragen, die Blockade zu einer totalen im Sinne der deutschen Bekanntmachung zu machen.

Zeigt sich somit, daß bei der von Deutschland getroffenen Maßnahme sachlich alle Voraussetzungen gegeben wären, um die Annahme einer lediglich auf dem Papier stehenden Blockade auszuräumen, so kann auch aus der Tatsache der Größe des Operationsgebietes kein Einwand gegen seine Rechtmäßigkeit erhoben werden. Nach dieser Richtung hin ist bezeichnend, daß auch schon früher unter Berufung und in Anwendung der geltenden Blokkaderegeln oft weite Seeräume und große Küstenstrecken blockiert worden sind. Um nur ein Beispiel herauszugreifen, sei auf die während des amerikanischen Bürgerkrieges verhängte Blockade gegen die Südstaaten verwiesen, bei der — wie der englische Völkerrechtler Oppenheim in seinem Lehrbuch des Völkerrechts Bd. II S. 629 betont — die blockierte Küste sich ungefähr über 2500 sm ausdehnte. Wenn bei dem damaligen Stand der Kriegstechnik keinerlei Stimmen laut geworden sind, die wegen der Ausdehnung der blockierten Küste Bedenken gegen die Zulässigkeit der Blockade geltend gemacht haben, so können gegenüber der jetzigen deutschen Blockade, die die gesamte englische Küste mit einer Länge von zirka 1700 sm und den an sie angrenzenden Seeraum umfaßt, unter Berücksichtigung der großen technischen Fortschritte auf allen Gebieten der Kriegführung schwerlich Einwände erhoben werden.

Mit welchen Mitteln der Kriegsführung im übrigen die Blockade aufrechterhalten und durchgeführt wird, ist für die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht auch nach den geltenden blockaderechtlichen Regeln nicht von Bedeutung. Nach der althergebrachten Auffassung durften zwar ursprünglich zu einer solchen nur Überwasser-Schiffe verwandt werden, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, daß zu der Zeit, als dieser Grundsatz sich herausbildete, wesentlich andere Seekriegsmittel nicht vorhanden waren. Seit der Verwendung des U-Bootes als Blockadewaffe im Weltkrieg und seit der Möglichkeit des Einsatzes der Luftwaffe im Handelskrieg hat sich jedoch auch hier ein Wandel vollzogen: wenn auch während des Weltkrieges eine formelle Blockade Englands deshalb nicht verhängt worden ist, weil man mit Recht der Auffassung war, daß die U-Boot-Waffe allein nicht in der Lage sei, diese Blockade effektiv zu gestalten, so darf nicht vergessen werden, daß die Ausgangslage für die U-Boot-Waffe jetzt eine ganz andere ist, und vor allem der Faktor der Luftwaffe noch hinzukommt. Daß außer ihnen überdies auch andere Waffen, z. B. Landbatterien, in einzelnen Fällen zur Aufrechterhaltung der Blockade verwandt werden dürfen, ist auch schon früher anerkannt gewesen. So bemerkt z. B. Oppenheim, der eine ganze Reihe von Urteilen englischer Prisengerichte hierzu zitiert, zu dieser Frage folgendes:

„In certain cases, and in the absence of a sufficient number of men-of-war, a blockade may be made effective by planting land batteries within range of any vessel attempting to pass, provided that there be at least one man-of-war engaged in the blockade.

Die hier genannten Voraussetzungen liegen auch bei der gesamten englischen Südküste vor: die an der französischen Kanalküste aufgestellten deutschen Marineküstenbatterien haben mehr als einmal bewiesen, daß in ihrem Feuer- und Wirkungsbereich ein feindliches oder dem Feinde dienstbares Schiff nicht mehr den Kanal befahren kann.

Der neue Verfassungswandel in Japan

Von Professor Otto Koellreutter, München

Die politische — und damit auch die Verfassungsgestaltung des Kaiserreiches im Fernen Osten können nicht mit Maßstäben des europäischen Denkens gemessen werden. Inmitten einer uns fremden Rasse und einer völlig eigenartigen Kultur mußte auch die politische Entwicklung eigene Wege gehen. Das ergibt schon die Tatsache, daß Japan ja erst in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts endgültig in den europäischen Gesichtskreis getreten ist, vorher war es für uns, im ganzen gesehen, terra incognita. Und dies war gerade politisch um so mehr der Fall, als sich Japan unter der Herrschaft des Hauses Tokugawa zwei Jahrhunderte lang völlig von der übrigen Welt abgeschlossen hatte. Das Verlassen des Landes war Japanern bei Todesstrafe verboten. So entwickelte sich von der Mitte des 17. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts ein ausgesprochener Feudalstaat, den man auch als Polizeistaat charakterisieren kann. Es entstand also — im Gegensatze zu China — eine Staatlichkeit, die durch die ritterliche Ehrauffassung (Bushido) ihre Prägung erhielt, sich aber nicht nach außen entfaltete und deshalb auf die Dauer die Gefahr der Erstarrung in sich trug. Denn wenn auch die Kaiseridee und der damit verknüpfte japanische Nationalglaube des Shinto (Weg der Götter) formell unangetastet blieben, so gelangten sie doch bei der politischen Machtlosigkeit des Kaisers unter der Herrschaft der Shogune (Reichsmarschälle) zu keiner lebendigen Auswirkung.

So konnte das Shogunat dem Ansturm der abendländischen Welt, wie sie durch die gewaltsame Öffnung Japans durch die amerikanische Flotte eingeleitet wurde, keinen ernsthaften Widerstand mehr entgegensetzen. Mit Macht brach der nationale Kaisergedanke wieder hervor und führte zur politischen Wiederherstellung der Kaisermacht unter Kaiser Meiji.

Zwei politische Tendenzen waren es, die der nun einsetzenden Meijiperiode ihren Stempel aufprägten. Zunächst galt es die politische, religiös unterbaute Autorität des Kaisers wiederherzustellen und fest im Volke zu verankern. Diesem Zwecke diente vor allem die Loslösung des offiziellen Staatsshinto aus der religiösen Sphäre, seine Unterstellung unter das Erziehungsministerium und seine Pflege in den Schulen. Der Staatsshinto[1]) dient der Vergöttlichung alles Nationalen und gipfelt in der Verehrung des Kaisers als höchster Autorität, der sich jeder Japaner selbstverständlich unterwirft. Damit Hand in Hand geht die Verehrung alles nationalen Heldentums, sowie die Ahnenverehrung überhaupt. Die Grundlage der japanischen Erziehung in den Schulen bildet der kaiserliche Erziehungserlaß v. 30. Okt. 1890[2]), der bei festlichen Anlässen feierlich verlesen wird. Um den Kaiserkult kreist das typische japanische Staatsdenken (Kokutai), das heute wieder ganz besonders gepflegt wird.

Auf der andern Seite erkannten die Ratgeber Kaiser Meijis, daß die alte Devise „verjagt die Barbaren" gegenüber der technischen Überlegenheit der westlichen Welt nicht mehr durchführbar sei, sondern daß man sich diese Errungenschaften möglichst rasch und gründlich aneignen müsse. Damit streifte Japan mit einem Schlage die bisherigen mittelalterlichen Formen des Feudalstaates ab und nahm die äußere Gestalt eines „modernen" Staates nach westlicher Auffassung an. Zahlreiche junge Japaner wurden nach den Vereinigten Staaten und nach Europa geschickt, um die Errungenschaften des Westens auf allen Gebieten zu studieren. Dabei wurde zunächst ziemlich wahllos alles aufgenommen, was z. B. auf philosophischem Gebiet zu starken Überfremdungen führte.

Für die Erklärung der heutigen politischen Gestalt des modernen Japan sind beide Tendenzen unentbehrlich. In seiner alten kaiserlichen seit 2600 Jahren ungebrochenen Tradition findet auch das heutige Japan die feste Grundlage einer absoluten politischen Weltanschauung, die heute einer der stärksten Stützen der japanischen Politik bildet. Und in den zwar engen, aber gefestigten Formen der Shogunatsherrschaft erhielt das japanische Volk diese selbstverständliche politische Geschlossenheit, die es ihm heute ermöglicht, als die führende Großmacht Ostasiens die politischen Geschicke dieses Teiles der Welt zu bestimmen.

Aber das allein hätte für das Aufsteigen Japans zur Weltmacht nicht genügt. Erst die rasche, man kann vielleicht sagen fast gierige Übernahme der westlichen Zivilisation und Technik, vor allem in amerikanischen Formen, schuf aus Japan in einer unfaßbar kurzen Zeit den einzigen modernen Ordnungsstaat in Ostasien, der vor allem auch das in staatlich-politischer Beziehung im Hintertreffen gebliebene China darin überflügelte.

Und so war es nur natürlich, daß dieses in sich geschlossene, technisch und militärisch auf der Höhe der Zeit stehende Staatswesen sehr bald über die allzu engen Grenzen des bisherigen Inselreiches hinauszugreifen begann und die politische Durchdringung des ostasiatischen Raumes in Angriff nahm, die heute auf einem Höhepunkt angelangt ist.

Der Kampf zwischen diesen beiden Tendenzen und der dadurch herbeigeführte Dualismus durchzieht seit der Meijizeit bis heute das gesamte politische und kulturelle Leben Japans[3]). Bald trat die eine, bald die andere Tendenz stärker hervor. Vor allem in der japanischen Intelligenz hat der amerikanische Einfluß öfters zu starken Überfremdungserscheinungen geführt, zumal von dort auch die stärkste Missionstätigkeit einsetzte. Auch an den Universitäten, die vorwiegend nach amerikanischem Vorbild errichtet wurden, machte sich ein Salonkommunismus breit, der zersetzende Wirkungen auslöste. Hierin hat sich heute unter dem Einfluß der Wehrmacht und der nationalen Verbände ein grundlegender Wandel vollzogen, auf den nur hingewiesen werden, der aber im einzelnen nicht beschrieben werden kann[4]).

Aber ohne einen Hinweis auf diese allgemeinen Tendenzen im japanischen Volks- und Staatsleben ist der sich neuestens anbahnende Verfassungswandel in Japan nicht verständlich. Denn dieser Verfassungswandel bildet ja nur den Niederschlag des allgemeinen politischen Wandels auf dem Gebiet der Verfassung.

---

[1]) Über die politische Stellung des Staatsshinto vgl. Koellreutter, „Das politische Gesicht Japans" S. 31 ff.

[2]) Wiedergabe bei Koellreutter a. a. O. S. 30.

[3]) Darüber Einzelheiten bei Koellreutter a. a. O. S. 19 ff.

[4]) Vgl. darüber Koellreutter a. a. O. S. 32 ff.

Auch das japanische Recht[5]) und die japanische Verfassung wiesen die Züge des oben erwähnten Dualismus in ihrer Gestaltung und in ihrer praktischen Anwendung auf.

Die im Jahre 1889 erlassene japanische Verfassungsurkunde bietet äußerlich das Bild einer konstitutionellen Verfassung im westlichen Sinne. Und als solche wird sie auch noch in der neuesten Schilderung des Wasedaprofessors Shinichi Fujii behandelt[6]). Zwar ist im 1. Kapitel der Verfassung die Stellung des Kaisers (Tenno) eingebaut. Aber es ist durchaus bezeichnend, daß ein einflußreicher Vertreter der japanischen Staatsrechtslehre, das Oberhausmitglied und Professor an der Kaiserlichen Universität in Tokyo Minobe daraus die Folgerung zog und die Stellung des japanischen Kaisers nach den Lehren der liberalen Staatsrechtslehre als Staatsorgan zu qualifizieren suchte. Minobe[7]), der 1935 zur Niederlegung seines Sitzes im Herrenhaus und seiner Professur gezwungen wurde, wurde ein Opfer dieser das ganze Verfassungsleben bisher durchziehenden dualistischen Tendenz.

Tatsächlich läßt sich die verfassungsrechtliche Stellung des japanischen Kaisers nicht in die Kategorien des westlichen Verfassungsdenkens einspannen. Dies schon deshalb nicht, weil seine politische Autorität durch die religiöse Tradition unterbaut ist und dadurch die Stellung des Kaisers zu der eines „lebenden Gottes“ erhöht wird. Er verkörpert weit über seine verfassungsrechtliche Stellung hinaus die japanische Tradition und den japanischen Glauben an die nationale Größe. Und der Stärke dieser kaiserlichen Autorität sich zu unterwerfen, ist für jeden Japaner eine Selbstverständlichkeit. Sei er Tausende von Kilometern entfernt, so verbeugt er sich bei nationalen Festlichkeiten in der Richtung des Kaiserlichen Palastes in Tokio. Dieses einmalige japanische Staatsdenken ist wirklich „konkret“.

War so, wie auch die Einmaligkeit der japanischen geschichtlichen Entwicklung ergibt, die Tradition und Kontinuität der kaiserlichen Autorität durch die Jahrtausende gesichert, so kann man dasselbe von der politischen Führung nicht sagen. Sie lag jahrhundertelang nicht in den Händen des Kaisers. Und als die Restauration der Meijizeit die oberste Gewalt wieder in die Hände des Kaisers zurücklegte, ließen die westlichen konstitutionellen Einflüsse, die in der Verfassung von 1889 ihren Niederschlag fanden, zunächst keine klare politische Führung entstehen.

Denn auch Japan blieb von Versuchen der Verwirklichung des Parteienstaates nicht verschont. Freilich, entscheidend setzte er sich nie durch. Die ganz andere politische, weltanschauliche Fundierung Japans ließ keine weltanschaulichen Parteien entstehen, sondern mehr große Interessentengruppen, die um die politische Macht kämpften und oft großen Wirtschaftsmächten hörig waren. So wechselten sich auch echte Parteikabinette mit Beamtenkabinetten ab[8]).

Diesem nicht im japanischen Boden verwurzelten und deshalb „unechten“ Parlamentarismus in Japan entstand von vornherein in der japanischen Wehrmacht ein Gegner, der sich gegen die durch den japanischen Parlamentarismus herbeigeführte westliche Überfremdung zur Wehr setzte. Während es dem westlichen Parlamentarismus gelang, auch die Wehrmacht in stärkerem oder geringerem Maße in sein System einzufügen, besaß das japanische Parlament nie irgendwelche Eingriffsmöglichkeiten in die Wehrmacht, die allein und unabhängig dem Kaiser unterstand und in der deshalb die Idee der absoluten Kaisertreue in vollster Reinheit lebendig war. In den Kreisen der japanischen Wehrmacht war man sich zuerst darüber klar, daß Japan über seine bisherigen Grenzen hinausgreifen müsse, wenn das japanische Volk politische Entwicklungsmöglichkeiten haben solle. So wurde die japanische Wehrmacht zusammen mit den nationalen Verbänden zum Träger der japanischen Expansionspolitik. Dabei waren Heer und Marine, die sich ursprünglich aus verschiedenen feudalen Kräften zusammensetzten, sich bisher nicht immer einig. Vor allem aus der Mitte des Heeres erwuchs der Widerstand gegen das in Japan aufgesprungene kapitalistische System, das dem Elend des Bauern nicht zu steuern vermochte, und machte sich in mehreren Attentaten Luft.

Seit dem Zugriff der japanischen Armee in der Mandschurei im Jahre 1931 nahm das Heer auch entscheidenden Einfluß auf die innenpolitische Gestaltung. Die Ausdehnung des Konfliktes auf China machte immer deutlicher, daß die großen politischen Aufgaben Japans nur bei größter politischer Geschlossenheit des ganzen Volkes einer Lösung zugeführt werden konnten. Deshalb richtete sich der Angriff des Heeres vor allem gegen die politischen Parteien und die durch sie in weite, vor allem in die intellektuellen Kreise eingedrungene liberale Denkweise, sowie gegen das damit verknüpfte kapitalistische System.

Schon im Jahre 1938 hatte der jetzige politische Führer des japanischen Volkes Fürst Konoye sich für die Bildung einer Einheitspartei an Stelle des bisherigen Parteiensystems eingesetzt. Das war damals noch nicht zu erreichen. Sein Nachfolger in der Ministerpräsidentschaft, der Nationalist Hiranuma, wollte vor allem die alte japanische kaiserliche politische Tradition wahren. Nicht die Erhaltung demokratischer westlicher Formen oder die Einführung einer Art Faschismus, sondern die Innehaltung des „kaiserlichen Weges“ (Kodo) war die Richtlinie seiner Innenpolitik. So schuf man im Jahre 1939 einen Ausschuß „für geistige Mobilisation“, eine halbamtliche Organisation, die die Haltung des Volkes, vor allem der Jugend, immer mehr den Erfordernissen, die die Durchführung des Chinakrieges mit sich brachte, anpassen sollte. Der Erziehungsminister im Kabinett Hiranuma, General Araki, bemühte sich mit großem Erfolg um die Nationalisierung der japanischen Jugend, vor allem auch der Studenten. Zurückdrängung des westlichen Einflusses, Schaffung einer östlichen Kultur als Basis der neuen Ordnung in Ostasien war seine Parole[9]).

Der europäische Krieg und seine für Japan überraschende Wendung durch den raschen Sieg der Achsenmächte brachte dann auch auf verfassungsrechtlichem Gebiet den Durchbruch zu einem neuen politischen System. Als im Sommer

[5]) Ein Beispiel der Überfremdung des alten japanischen Rechts bei Koellreutter, „Der Ausbau der rechtswissenschaftlichen Beziehungen zwischen Deutschland und Japan“: AkadZ. 1939, 189.

[6]) Shinichi Fujii, The Essentials of Japanese Constitutional Law, 1940. — Dazu die kritischen Bemerkungen in meinem Aufsatz „Zum Wesen des heutigen japanischen Verfassungsrechts“: ArchÖffR. 32, 1 ff.

[7]) Über die Lehre Minobes vgl. Christoph Kaempf, „Der Wandel im japanischen Staatsdenken der Gegenwart“, 1938, besonders S. 36 ff.

[8]) Vgl. darüber Günther Wenk, „Die japanischen Minister als politische Führung“, 1940.

[9]) Bezeichnend für diese Tendenz die Rede Arakis aus dem Jahre 1938, im Auszuge mitgeteilt bei Koellreutter, „Das politische Gesicht Japans“ S. 32 f.

1940 Fürst Konoye erneut die Ministerpräsidentschaft übernommen hatte, konnte er ohne Widerstand an den Abbau des Parteienstaates gehen. Erst die kleinen, dann die beiden großen politischen Parteien, die Seiyukai und die Minseito lösten sich freiwillig auf und erklärten ihre Mitarbeit an dem politischen Neuaufbau. Ähnliches bahnte sich auf wirtschaftlichem Gebiet durch die Auflösung der Gewerkschaften und der Arbeiterverbände und ihren Zusammenschluß in einer Organisation an. Auch auf das religiös-kirchliche Gebiet griff die Bewegung des Zusammenschlusses und der Ausschaltung ausländischer Einflüsse über. Die christlichen Kirchen Japans führten ihre völlige Japanisierung durch, dadurch, daß sich die protestantischen Sekten zusammenschlossen und sowohl die Annahme von Geldmitteln aus dem Auslande wie die weitere Mithilfe fremder Kräfte ablehnten. Ähnliche Zusammenschlüsse erfolgten auch unter den zahlreichen buddhistischen Sekten.

Fürst Konoye proklamierte als Ziel der neuen politischen Bewegung „die Konzentrierung der gesamten Kräfte der Nation, um den großen Aufgaben, die die heutige Weltlage stelle, entsprechen zu können. Aus den 100 Millionen Japanern solle ein lebendiges Ganze gemacht und sie in die Lage versetzt werden, ihre Pflichten als Untertanen des Thrones vollkommen zu erfüllen". Konoye will eine vom Volke getragene politische Bewegung ins Leben rufen. Er betonte ausdrücklich, daß das liberale System diese Aufgabe nicht habe erfüllen können. Die Regierung habe aber bei der heutigen Weltlage den Anstoß zur Bildung der neuen politischen Bewegung geben müssen. Sie sei also ein gemeinsames Unternehmen der Regierung und des Volkes zur Unterstützung des Thrones.

Zur Vorbereitung des neuen politischen Aufbaues hat Konoye einen „nationalen Rat" ins Leben gerufen, der das Rückgrat des neuen politischen Aufbaues bilden soll. In ihm sind hervorragende nationale Persönlichkeiten aus den Kreisen der Wirtschaft, Wissenschaft und Kultur vertreten. Dieser Neuaufbau erfolgte in engster Zusammenarbeit und mit voller Billigung der höchsten Kommandostellen, für die die neue Bewegung eine fühlbare Entlastung auf politischem Gebiet mit sich bringt.

Dieser Aufbau steht noch in seinen Anfängen. Aber man kann jetzt schon sagen, daß sich mit ihm Japan vom Staate des 19. Jahrhunderts losgelöst und die Grundformen des Staates des 20. Jahrhunderts angenommen hat.

Dieser Tatsache steht auch nicht entgegen, daß man eine formelle Änderung oder Beseitigung der bisherigen Verfassung nicht in Aussicht genommen hat. Das schon deshalb nicht, weil die Verfassung von 1889 nur als neue Auslegung des „kaiserlichen Weges" galt und nach der Selbstauflösung der Parteien seitens des japanischen Reichstages keine politischen Schwierigkeiten mehr zu erwarten sind. Man wird deshalb am besten von einem Verfassungswandel sprechen, der politisch etwas grundlegend Neues ins Leben rufen wird.

Aber mit dieser Neuschöpfung Konoyes ist erst ein Anfang gemacht. Die Schaffung einer neuen Ordnung in Ostasien wirft auch noch zahlreiche weitere wichtige verfassungsrechtliche Probleme auf. Eines von ihnen ist mit der Schaffung des Kaiserreiches Mandschukuo im Jahre 1934 erfolgreich in Angriff genommen worden[10]). Dagegen ist die verfassungsrechtliche Entwicklung Chinas und ihr Verhältnis zur japanischen Entwicklung erst im Werden und in ihrer endgültigen Gestaltung noch nicht abzusehen[11]). Aber Japan hat entschlossen zusammen mit den führenden Völkern Europas den neuen Weg beschritten. Die politische Geschlossenheit des japanischen Volkes bürgt dafür, daß es ihn zu Ende gehen und damit in die Lage versetzt wird, in seinem Lebensraume eine neue politische Ordnung zu schaffen, die seiner nationalen und kulturellen Entwicklung und der der übrigen ostasiatischen Völker entspricht.

10) Über Mandschukuo vgl. Koellreutter, „Der politische Aufbau in Mandschukuo": RVerwBl. 1939, 571 ff.

11) Andeutungen darüber bei Koellreutter, „Der heutige Staatsaufbau Japans", Schriften für Politik und Auslandskunde, herausgegeben von F. A. Six, 1940, am Ende.

Der Tätertyp im Kriegsstrafrecht

Von Staatsanwalt Dr. H. Mittelbach, Berlin

In der Rechtsprechung wird zur Verurteilung auf Grund der §§ 2, 4 der VolksschädlVO. v. 5. Sept. 1939 neuerdings wiederholt gefordert, daß diese Strafbestimmungen nur auf den Täter Anwendung finden sollen, der sich seiner Wesensart nach als „Volksschädling" erweist[1]). In der Mehrzahl der bisher veröffentlichten Entscheidungen wurde die Frage nach einer solchen Charakterisierung des Täters überhaupt nicht gestellt[2]). Es ist nicht zu verkennen, daß für die Rechtsprechung zunächst andere Zweifelsfragen bei der Anwendung der VolksschädlVO. im Mittelpunkt des Interesses standen[3]). Dennoch ist auffällig, daß diese nunmehr unbedingt geforderte Eingruppierung des Täters bis dahin — und zum Teil auch heute noch — in zahlreichen Urteilen überhaupt nicht problematisch erschien und man sich mit der eingehenden Nachweisung über das Vorliegen des Tatbestandes in objektiver und subjektiver Beziehung begnügte. Jetzt ist jedoch damit zu rechnen, daß die Prüfung, ob der Angeklagte dem Tätertyp des Volksschädlings entspricht, immer wieder verlangt wird[4]).

Der Ruf nach dem „Tätertyp" beschränkt sich nicht auf das Gebiet der VolksschädlVO.[5]) die

1) Vgl. zu § 2 VO.: RG. v. 20. Mai 1940: DR. 1940, 1420 ^{5} m. Anm. Dahm = DJ. 1940, 853 = AkadZ. 1940, 225 m. Anm. Nagler; RG. v. 30. Mai 1940: DR. 1940, 1422 ^{6}; RG. v. 5. Sept. 1940: DR. 1940, 1939 ^{4} = DJ. 1940, 1169; LG. Mainz: DJ. 1940, 1149; zu § 4 VO.: Sonderger. Essen vom 13. Jan. 1940: DJ. 1940, 485; RG. v. 27. Juni 1940: DR. 1940, 1423 ^{7} m. Anm. d. Verf.; Sonderger. Düsseldorf v. 11. Okt. 1940: DR. 1940, 2063 ^{14}; RG. v. 26. Sept. 1940: DR. 1941, 45 ^{3} m. Anm. d. Verf.

2) RG. v. 6. Mai 1940: DR. 1940, 1232 ^{2} ließ ausdrücklich dahingestellt, ob § 4 VO. das Merkmal des Volksschädlings voraussetzt.

3) Über ein neu auftretendes Problem vgl. Thiemann: DR. 1941, 37. Ferner RG.: DR. 1940, 1523 ^{15}; a. M. Sonderger. Essen: DJ. 1940, 1195. Freisler: DJ. 1940, 923, 1229.

4) Vgl. z. B. RG.: DR. 1940, 1939 ^{4} = DJ. 1940, 1169; DJ. 1940, 1248.

5) Vgl. Klütz, „Volksschädlinge am Pranger" S. 13, der unter dem „destruktiven Außenseiter" als Tätergruppe die Personen erfassen will, die gegen die VO. über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen, gegen die Be-

Rechtsprechung hat bisher im Rahmen der ganz offensichtlich im Kriegsstrafrecht propagierten Täterkennzeichnung den „Volksschädling“, den „Gewaltverbrecher“[6]), den „Kriegsschieber“ und verwandte Typen[7]) behandelt. Bei den über die Anwendung der RundfunkVO. veröffentlichten Entscheidungen ist eine Erörterung der Frage des Tätertyps bisher nicht festzustellen[8]).

Daß die Verwendung des Tätertyps ein durchaus praktisches Problem darstellt, mögen zwei Beispiele aus der Praxis veranschaulichen:

a) Zwei jugendliche Täter hatten in einer mitteldeutschen Stadt in den Abendstunden während der Verdunkelung einen Strick in Kopfhöhe über eine Gasse gespannt, damit vorübergehenden Personen der Hut vom Kopfe gerissen würde. Der Erfolg trat ein, jedoch schnitt der Betroffene den Strick ab. Darauf befestigten die Jungen den Strick in geringer Höhe oberhalb des Erdbodens an einer kleinen Brücke, so daß Passanten zu Fall kommen mußten. Mehrere Personen wurden hierdurch belästigt, eine Frau kam zu Fall und zog sich geringe Verletzungen zu. Die Anwendung der VO. gegen jugendliche Schwerverbrecher wurde sogar noch geprüft, jedoch abgelehnt. Die Täter wurden unter Anwendung des § 2 VolksschädlVO. i. Verb. m. §§ 321, 223 a StGB. zu hohen Gefängnisstrafen verurteilt. Lediglich das JGG. bewahrte sie vor dem Zuchthaus.

b) Ein 19jähriger, rechtsseitig gelähmter und auch geistig zurückgebliebener Arbeiter (Hilfsschüler) wurde von seiner Firma als Brandwache an einem Speichergebäude verwendet, das erhebliche Mengen an Roggen, Mischfutter und Papier barg. Um wegen seiner Wachsamkeit belobt zu werden, legte er an einer Tür des Speichers Feuer an, das er dann meldete und an dessen Bekämpfung er sich beteiligte. Größerer Schaden entstand nicht, er wurde wegen seiner Wachsamkeit belobt und erhielt ein Geldgeschenk. Daraufhin legte er ein zweites Mal in dem Speicher Feuer an, das zu einem Großbrande und zu der Vernichtung von 680 t Roggen, 160 t Mischfutter und 1 Mill. kg Papier führte. Seine Verurteilung erfolgte wegen Brandstiftung zu mehrjähriger Zuchthausstrafe unter Heranziehung des § 51 II StGB. Die Anwendung des § 3 VolksschädlVO. lehnte das Gericht ab, da sich aus der Persönlichkeit des Angeklagten und den Umständen der Tat ergäbe, daß er kein Volksschädling sei. Er sei unbestraft, keine verbrecherische Persönlichkeit, kein asozialer Mensch, auch habe er nicht erkannt, wie gefährlich die zweite Brandstiftung gewesen sei.

Beide Urteile befriedigen nicht. Im Falle der „Strickspanner“ wird ein offensichtlicher „Dummerjungenstreich“ mit Maßstäben gewertet, die für seine Beurteilung nicht gedacht sind. Die Täter sind so wenig „Volksschädlinge“ und die Tat hat so wenig den Charakter einer verbrecherischen Ausnützung der durch die Verdunkelung gebotenen Chance wie die Schlägerei auf der Dorfkirmes unter dem Schutze der Verdunkelung[9]). Die Persönlichkeit der Täter ist nicht hinreichend in dem Urteil berücksichtigt worden. In dem Brandstiftungsfalle hat sich das Gericht dagegen eingehend mit der Persönlichkeit des Täters befaßt. Dennoch erscheint das Ergebnis unzutreffend. Hier wog die Tat so schwer, daß alle weiteren Worte über den Täter überflüssig erscheinen konnten, durch eine solche Tat stellte sich der Täter außerhalb der Volksgemeinschaft und kann durch nichts vor der vollen Schwere des Gesetzes bewahrt werden[10]). Beide Fälle hätten bei richtig verstandener Anwendung der in der geforderten Betrachtung des Lebensbildes des Rechtsbrechers hervortretenden Gedanken eine gerechte Lösung finden können. Sie zeigen, daß auf die Wertung der Täterpersönlichkeit nicht verzichtet werden, aber andererseits diese Wertung den Unrechtsgehalt der Tat nicht beseitigen kann.

Da das RG. bei der geforderten Prüfung der Persönlichkeit des Täters auf die bekannte Entscheidung über den Zuhälter[11]) Bezug nimmt und auf die Untersuchungen von Dahm hinweist, liegt die Annahme nahe, aus der modernen Tätertheorie Aufschlüsse über Wert und Bedeutung der neuen Forderung nach einer besonderen Kennzeichnung des Täters zu erhalten. Hinzu kommt, daß auch sonst diese Forderung unter Hinweis auf die Parallelen mit dem § 20 a StGB. und § 181 a StGB. behandelt worden ist[12]).

Die Bezeichnung „Tätertypus“ umfaßt nach den bisherigen Erörterungen[13]) zwei völlig getrennte Dinge. Wir betrachten in einzelnen Fällen den Täter in seiner ganzen Lebensführung und Haltung. Als Gewohnheitsverbrecher wird z. B. nur der dem Gesetz verfallen, der aus einem inneren Hang zum Verbrechen getrieben wird[14]). Die Strafandrohung richtet sich gegen das „ganze menschliche So-Sein des Täters“[15]). Man hat den hier gekennzeichneten Tätertyp als kriminologischen oder individuellen Tätertyp bezeichnet[16]). Mit diesem Tätertypus hat unser Problem im Regelfall nichts zu tun. Die Strafandrohungen in den Kriegsbestimmungen rich-

---

stimmungen über den Verkehr mit Kriegsgefangenen verstoßen, ferner Luftschutzsünder und Arbeitsverweigerer, endlich die mißbräuchlichen Benutzer von Kraftfahrzeugen. „Schmarotzer im Alltagsleben“ verstoßen gegen die Vorschriften der VerbrauchsregelungsStrafVO.

[6]) Vgl. z. B. RG. v. 18. Dez. 1939: DR. 1940, 361 [1]; Sonderger. Stuttgart v. 1. Febr. 1940: DR. 1940, 441 [1] m. Anm. Tegtmeyer.

[7]) Vgl. RG. v. 2. Juli 1940: DR. 1940, 1668 [3] m. Anm. d. Verf. In dieser Entscheidung wird darauf hingewiesen, daß der Gesetzgeber bei § 1 KWVO. in erster Linie an Kriegsschieber, Kriegswucherer und Schleichhändler gedacht hat. Ferner RG. v. 27. Aug. 1940: DR. 1940, 1939 [6] m. Anm. d. Verf. = DJ. 1940, 1170. Hier wird der „gewissenlose Geschäftemacher“ als weiterer Typ des § 1 KWVO. aufgestellt. RG. v. 19. Sept. 1940: DR. 1940, 2064 [15] m. Anm. d. Verf. geht wiederum auf die Frage des Tätertyps überhaupt nicht ein.

[8]) Vgl. Entsch. der Sondergerichte: DJ. 1940, 799. RG.: AkadZ. 1940, 376.

[9]) Vgl. Freisler: DJ. 1939, 1852.

[10]) Vgl. zu § 3 VolksschädlVO. Freisler: DJ. 1939, 1850. Daß der Täter die Folge der Tat nicht in das Bewußtsein aufgenommen hat, ist bedeutungslos, worauf Freisler mit Recht hinweist (DJ. 1939, 1707).

[11]) Vgl. dazu RGSt. 73, 183 = DR. 1939, 1507 [6] = DJ. 1939, 1531. Bespr. von Dahm: AkadZ. 1939, 528. RG. v. 30. Jan. 1940: DR. 1940, 495 [4]. Behandlung der Frage bei Bockelmann, „Studien zum Täterstrafrecht“, 2. Teil, S. 56 ff.

[12]) Vgl. Dahm Anm. DR. 1940, 1421.

[13]) Vgl. dazu Dahm: ZStW. 59, 133 ff.; Dahm, „Der Tätertyp im Strafrecht“, 1940; Bockelmann a. a. O. S. 84 ff. „Zur Lösung des Problems der Täterstrafe“ mit eingehender Darstellung der bisherigen Lösungsversuche, auf die Bezug genommen wird. Ferner Nagler, „Kriegsstrafrecht“ S. 140 Anm. 6 a.

[14]) Vgl. z. B. RG.: DR. 1939, 1849 [1]; DR. 1939, 1979 [6]; DR. 1940, 633 [1].

[15]) Bockelmann: AkadZ. 1940, 311.

[16]) Vgl. Mezger: ZStW. 57, 686, der von einer Lebensführungsschuld spricht.

ten sich nicht insoweit gegen „kriminelle Persönlichkeiten“, sondern können den erforderlichen und beabsichtigten wirkungsvollen Schutz vor Eingriffen in die innere Widerstandsfront nur gewährleisten, wenn sie auch den treffen, der sich einmal — vielleicht das erstemal — gegen das Strafgesetz vergeht[17]).

Wenn aber die vorliegende Einzelstraftat die Eingruppierung in einen Tätertyp erfordern soll, bleibt zu erörtern, ob der Einzelstrafandrohung die Vorstellung eines bestimmten Tätertyps zugrunde liegt. Diese Frage ist gestellt worden und von Dahm unter der Bezeichnung eines „normativen Tätertyps“ behandelt[18]). Der Ausgangspunkt dieser Lehre ist die Meinung, daß sich das Verbrechen nicht in den Tatbestandsmerkmalen erschöpft, die in dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung niedergelegt sind. Der Gesetzgeber habe nicht nur eine bestimmte Handlung, sondern auch eine bestimmte Menschengruppe bei der Aufstellung der Strafnorm im Auge, welche diese treffen soll. Hiermit steht die von Freisler hervorgehobene Darstellung des Verbrecherbildes[19]) im Einklang. Wenn man an einen Typ bei der Schaffung der Bestimmung denkt, muß sich irgendein Bindeglied, z. B. für sämtliche Volksschädlingstaten, ergeben. Diese Verbindung kann nicht in der für jede Verurteilung erforderlichen gleichen Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale beruhen, sondern muß ohne Rücksicht hierauf alle Täter, die gegen die VolksschädlVO.[20]) verstoßen, in irgendeiner Weise verbinden und als einer bestimmten Kategorie zugehörig erkennen lassen. Die gesetzliche Tattypik soll in irgendeiner Form Ergänzung durch eine richterliche Tätertypik erfahren.

Ausgangspunkt jeder Untersuchung soll der gesetzliche Tatbestand bleiben; Dahm bezeichnet den Typus als „Schatten des Tatbestandes“. Führt uns also die neue Lehre überhaupt über die bisherige Tattypik hinaus? Im Gegensatz zu Nagler[21]) glaube ich, daß der Tätertyp Dahms, wenn er in seinem Sinne als Leitbild und Richtlinie für die Gesetzesauslegung Verwendung findet, in manchen Fällen von Wert ist. Inwieweit schon die Bezugnahme auf andere Mittel diese Auslegung zu fördern geeignet ist, wird an den einzelnen Tatbeständen darzulegen sein. Mag sich dieser Typus in einem „subjektiv gewendeten (d. h. auf den Handelnden projizierten) Tatbestand“ in gewissem Sinne erschöpfen[21]). Auf jeden Fall wird er einer uferlosen Auslegung des Gesetzes entgegenarbeiten und die Sinndeutung der einzelnen Tatbestände erleichtern. Damit hätte er bereits eine große Aufgabe erfüllt. Die weit gefaßten Tatbestände der Kriegsgesetzgebung verlangen sicher mitunter Einschränkungen. Ob der gleiche Erfolg durch eine Begrenzung des Tatbildes zu erreichen ist, erscheint zweifelhaft[22]).

Die Betrachtung der Tat und des Täters in harmonischer Verbindung und unter dem Gesichtspunkte der Gefahren, welche die Strafbestimmung bannen will, ist ein unbedingtes Erfordernis. Die Forderung der Eingruppierung des Täters in eine Tätergruppe bei den Kriegsgesetzen zeigt also einen Anschluß an die moderne Täterlehre, wie sie bei Dahm erörtert wird.

I. Der Typ des Volksschädlings

Im Rahmen der VolksschädlVO. sollen aus den dargestellten Tatbeständen die Verbrecherbilder des Plünderers, des feigen Missetäters und des gemeingefährlichen Saboteurs dargeboten werden[23]). Aus ihnen hat man im Anschluß an die Überschrift der VO. den Tätertyp des „Volksschädlings“ gebildet[24]). Das Bild erscheint zunächst plastisch und eindringlich, bei dem Versuch einer näheren Beschreibung dieses Verbrechertyps stellen sich jedoch Schwierigkeiten ein. Auf einen Volkssprachgebrauch kann man sich nicht stützen, der Ausdruck ist eigentlich erst durch die VO. bekanntgeworden. Betrachtet man die in der VO. im einzelnen unter Strafe gestellten Handlungen, so gewinnt die Typenbildung nur in einem Falle praktische Bedeutung.

1. Der Plünderer.

Bei § 1 VO. erscheint die Beschäftigung mit dem Typ des Plünderers wenig fruchtbringend. Der Leichenfledderer des Schlachtfeldes soll mit dieser Bestimmung vor uns im Bilde aufsteigen[25]). Vor einer Zerredung und Zergliederung des Bildes wird ausdrücklich gewarnt[26]). Über Plünderung nach § 1 VolksschädlVO. ist ein Urteil des Sondergerichts Trier[27]) veröffentlicht, in ihm wird der volkstümliche Begriff des Plünderns erörtert, vom Tätertyp des Plünderers ist nicht die Rede. Jeder Plünderer verfällt bei der außerordentlichen Gefährlichkeit und der besonders großen Verwerflichkeit seines Handelns der Strafe der VO. Hier gibt es keine Ausnahmen und erscheint eine besondere Würdigung des Täters in seiner Beziehung zur Tat unnötig[28]). Die Feststellung bedeutet aber, daß wir den Tätertyp hier nicht brauchen, um das Ziel und den Zweck der Bestimmung zu erreichen. Somit darf auch in diesem Falle keine Prüfung verlangt werden, ob der Täter dem Typ des Volksschädlings entspricht. Gegen eine Gefahr der zu weiten Ausdehnung des Tatbestandes bietet das Wort „plündert“ Schutz, das dem durchaus volkstümlichen Sprachgebrauch entnommen ist. Es handelt sich aber um eine Tat-, nicht eine Tätertypik, wenn hier nur „typisches Handeln“ die Rechtsfolgen auslösen soll[29]). Man wird nicht mit Nüse[30]) „den Plünderer“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in dem Angeklagten festzustellen suchen, sondern die Handlung des Täters als „Plünderung“ im Sinne der volkstümlichen Ausdrucksweise zu charakterisieren haben.

2. Der Verdunkelungsverbrecher.

Das Verbrechen bei Fliegergefahr (§ 2 VO.) stellt

---

[17]) Ebenso Dahm: DR. 1940, 1421. Daß die einmalige Tat die Anwendung der Kriegsgesetze rechtfertigt, stellen Entsch. des RG. wiederholt fest. Eine „Verbrecherpersönlichkeit“ wird nicht gefordert (vgl. RG.: DJ. 1940, 853).

[18]) Dahm, „Der Tätertyp im Strafrecht“.

[19]) Vgl. DJ. 1939, 1451; 1940, 917.

[20]) Die VolksschädlVO. ist nur als Beispiel zitiert.

[21]) Nagler, „Kriegsstrafrecht“ S. 140 ff., im GerS. Bd. 114 Heft 3/6, 1940; Freisler: DJ. 1939, 1451; 1940, 917.

[22]) Vgl. Bockelmann: AkadZ. 1940, 313.

[23]) Freisler: DJ. 1939, 1450.

[24]) Vgl. z. B. Graf Gleispach, „Das Kriegsstrafrecht“, I. Teil, S. 17. And. M. LG. Mainz (DJ. 1940, 1149), wonach die VO. Schaffung eines Tätertyps nicht beabsichtigt hat. Hiergegen sprechen allerdings die zahlreichen Äußerungen Freislers in der „Deutschen Justiz“, z. B. 1939, 1450 ff.

[25]) Vgl. Freisler: DJ. 1939, 1451.

[26]) Vgl. Freisler: DJ. 1939, 1753.

[27]) DJ. 1940, 515.

[28]) Ebenso Graf Gleispach a. a. O. S. 17: „Wer plündert, ist eben deswegen und deswegen allein schon Volksschädling und der diesem Typus adäquater Strafe unterworfen.“

[29]) Vgl. Nagler, „Kriegsstrafrecht“ S. 205 Anm. 43.

[30]) Nüse, „Kriegsstrafrecht“ S. 21 zu 2.

ein Hauptanwendungsgebiet der VO. dar. Es ist kein Wunder, daß gerade hier die Frage des Tätertyps aufgetaucht ist. Das obige Beispiel mit den „Strickspannern“ zeigte einen Fall, bei dem die gesetzlichen Merkmale des § 2 sämtlich erfüllt erschienen, jedoch die unvollkommene Erfassung der Tat klar zutage trat. Der gesetzliche Tatbestand ist sehr weitgehend, die schwere Strafandrohung ist ein Hinweis dafür, daß der Gesetzgeber nur Fälle erfassen wollte, die zumindest zuchthauswürdig erscheinen. Wir sehen die Straftat in ihrer Angriffsrichtung gegen das Volksganze, als einen Angriff gegen die innere Front, was auch zu einer besonderen Betrachtung des Täters führt. Wenn die VO. nach ihrer Überschrift gegen den Volksschädling gerichtet und diese Bezeichnung mit Bedacht gewählt worden ist, so muß darin auch eine Begrenzung ihres Anwendungsgebiets gesehen werden. Mit der Beurteilung der Tat als unter die VO. fallend wird gleichzeitig ein besonderes Unwerturteil über die Person des Täters gefällt[31]). Eine solche Verurteilung wird ihn immer als eine Person kennzeichnen, die in der Notzeit des Volkes ihre Pflichten in besonders verwerflicher Weise verletzt hat. Folglich drängt sich bei jeder Verurteilung auf Grund des § 2 VO. die Frage auf: ist der Verurteilte wirklich treffend als eine solche Persönlichkeit gekennzeichnet? Diese Beurteilung der Persönlichkeit kann mitunter mit Rücksicht auf den Charakter der Straftat ohne weiteres gerechtfertigt erscheinen. Man darf bei allen Überlegungen dieser Art den Schutz der Gemeinschaft, den Hauptzweck des Kriegsstrafrechtes, nicht außer acht lassen. Es gibt immer Straftaten, deren Verwerflichkeit und Gemeinheit so groß ist, daß sie eine Anwendung der schweren Strafbestimmungen des § 2 der VO. ohne weiteres rechtfertigen und die in ihrer Anwendung liegende schimpfliche Kennzeichnung des Täters richtig erscheinen lassen. Hier ist es müßig, Erörterungen über die Tätergruppe anzustellen. Ein solches Vorgehen würde die Rechtsprechung bei ihrer Aufgabe der Bekämpfung des Kriegsverbrechertums nur hemmen, was bestimmt nicht im Willen des Gesetzgebers lag. Eine allgemeine Regel dahin, daß der Täter auf jeden Fall in die Tätergruppe des Volksschädlings besonders im Urteil einzureihen ist, kann somit nicht anerkannt werden. Zunächst ist immer davon auszugehen, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung des Tatbestandes so vorgegangen ist, daß bei seiner Erfüllung in objektiver und subjektiver Richtung auch die dort niedergelegte Rechtsfolge einzutreten hat[32]). Erst die Vielgestaltigkeit des Lebens bringt Fälle, in denen wegen der Persönlichkeit des Täters Zweifel bestehen, ihn trotz der Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 2 VO. an deren Maßstäben zu messen.

Das RG. hat zur Wesensart des Volksschädlings gefordert, daß der Täter „mit solcher verbrecherischen Tatkraft oder mit solcher Verwerflichkeit des Handelns den Rechtsfrieden der Volksgemeinschaft stört, daß er nach gesundem Volksempfinden eine Zuchthausstrafe verdient“[33]). Die besondere Verwerflichkeit der Straftat nach gesundem Volksempfinden[34]) soll maßgebliches Kriterium sein. Die Forderung, er müsse durch die Tat eine Einstellung gegenüber der vom Kriege betroffenen Volksgemeinschaft an den Tag gelegt haben, die zeigt, daß er ihr feindlich gegenübersteht, die Kriegsverhältnisse selbstsüchtig ausnützt und als Volksschädling anzusehen ist[35]), dürfte uns insoweit wenig weiterführen, als sie den Begriff des Volksschädlings voraussetzt, der aber keineswegs ohne weiteres klar ist. Die Schwierigkeiten einer Beschreibung des Volksschädlings sind verständlich, wenn man berücksichtigt, daß er als Erscheinung der Kriegskriminalität aufzufassen ist und daher sehr vielgestaltig auftreten kann. Mit der Bezeichnung eines „kriegsparasitären Verbrechers“[36]) ist für unsere Frage auch wenig gewonnen.

Wenn das RG. in den erwähnten Entscheidungen[37]) zur Frage des Tätertyps auf die Rechtsprechung zum Zuhältertyp hinweist, so kann dieser Hinweis nur irreführend wirken. Mit einem Typ dieser Art dürfte der Volksschädling nichts zu tun haben. Der „Zuhälter“ ist zunächst im volkstümlichen Sprachgebrauch eine bekannte Erscheinung. Im übrigen dürfte es sich bei ihm um einen sog. kriminologischen Tätertyp handeln, der eine kriminelle Lebensweise voraussetzt. Bei den Volksschädlingen handelt es sich aber vielfach um die Frage der Eingruppierung einmalig straffällig gewordener Personen, deren sonstige Lebensweise keine kriminellen Züge aufzuweisen braucht.

Die Hinweise in den erwähnten Urteilen zeigen teilweise die Hervorhebung eines objektiven Tatbestandsmerkmales, wenn sie die Ausnützung der Kriegsverhältnisse erwähnen, und kennzeichnen ferner die vom Täter an den Tag gelegte Gesinnung. Darf aber die besondere Verwerflichkeit der Straftat bei § 2 VO. im Gegensatz zu § 4 VO. als maßgebliches Kriterium gewertet werden? Diese Taten erschienen dem Gesetzgeber offenbar an sich so verwerflich, daß er insoweit eine besondere Prüfung nach dem gesunden Volksempfinden nicht für erforderlich hielt[38]). Und doch wird auch dieses Moment in der Würdigung der Täterpersönlichkeit eine Rolle spielen, weil es Rückschlüsse auf diese zuläßt. Somit sind es letzten Endes Gesinnungsmomente, die den Tätertyp des Volksschädlings charakterisieren, worauf Graf Gleispach hinweist. Mit der Hervorhebung des Gesinnungsmomentes geht die Charakterisierung über die zum Nachweise der Erfüllung des Tatbestandes des § 2 VO. erforderlichen Feststellungen hinaus. Mit Recht bemängelt Nagler[39]), daß das RG. z. T. nur Tatbestandsmerkmale des § 2 VO. bei seiner Charakterisierung des Volksschädlings widergibt. Dennoch dürfte aber der Hinweis auf die Volksfeindlichkeit und die Wertung der Tat als zuchthauswürdig von Bedeutung bleiben. Man wird allerdings in dem hier verkörperten Tätertyp lediglich ein Spiegelbild der Tat in der Person des Täters finden. Da aber der Tätertyp des Volksschädlings im § 2 VO. entsprechend dem von Dahm entwickelten Tätertyp überhaupt nur für die Einschränkung des Tatbestandes und eine Begrenzung des Anwendungs-

[31]) Hierauf verweist mit Recht Sonderger. Essen: DJ. 1940, 1195, wenn auch Charakter und Bedeutung dieser Kennzeichnung in unserem Rechtssystem zweifelhaft sind.

[32]) Vgl. Mezger, Besprechung des Kriegsstrafrechts von Graf Gleispach: DR. 1940, 628: „auch künftig wird es da und dort einzelne strikte Verbote geben müssen, deren Übertretung an und für sich mit Strafe bedroht ist.“ Ich glaube, daß dies sogar der Regelfall ist.

[33]) RG.: DR. 1940, 1422[6].

[34]) RG.: DR. 1940, 1423[7] m. Anm. d. Verf., vgl. ähnlich LG. Mainz: DJ. 1940, 1149, das auch die Schwere der Tat berücksichtigen will.

[35]) RG.: DR. 1940, 1420[5] m. Anm. Dahm.

[36]) Freisler: DJ. 1939, 1705.

[37]) Vgl. Entsch. Anm. 10.

[38]) Vgl. Sonderger. Essen: DJ. 1940, 485.

[39]) AkadZ. 1940, 226.

gebietes dieser Bestimmung auf die wirklich schwerwiegenden Handlungen von Bedeutung erscheint, genügt diese Tätertypbildung für unsere Zwecke.

Man kann danach die Anwendung des § 2 VO. verneinen, wenn der Täter nicht als Volksschädling anzusehen ist, d. h. die Tat ihrem Unrechtsgehalt nach nicht so schwerwiegend erscheint, daß eine Zuchthaus- oder Todesstrafe angebracht ist und der Täter nach seiner gesamten Persönlichkeit keine Gesinnung zeigt, die eine feindliche Einstellung gegenüber der durch den Krieg betroffenen Volksgemeinschaft beweist. Die Prüfung des Unrechtsgehalts der Tat erscheint nötig, um alle diejenigen Fälle von vornherein auszuschalten, in denen im Hinblick auf die Art der Tat selbst jede Erörterung über die Person des Täters die Schlagkraft der Waffe der Justiz gegen den inneren Feind hemmen würde.

Die Untersuchung, ob der Täter als Volksschädling anzusehen ist, bleibt damit im Anwendungsgebiet des § 2 VO. auf wenige Fälle beschränkt. Eine andere Auffassung führt in der Praxis auch lediglich dahin, daß im Urteil zunächst die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale festgestellt werden und dann eine nochmalige kurze Zusammenfassung der bereits erörterten Umstände mit der Bemerkung erfolgt, der Täter sei als Volksschädling anzusehen. Bleibt die Notwendigkeit solcher Feststellung dem negativen Falle vorbehalten, so sind jeweils eingehendere Prüfungen der Täterpersönlichkeit zu fordern, die eine solche negative Feststellung auch begründen können. Grundgedanke muß immer bleiben, daß sich in der Regel aus der Verwirklichung des Tatbestandes des § 2 VO. die Verurteilung nach dieser Bestimmung ergibt. Man soll die Gefahr der vom RG. generell aufgestellten Forderung nicht unterschätzen. Ob die Sondergerichte sich ihr unterwerfen, wird abzuwarten sein. Wenn der Gesetzgeber bei Schaffung der VO. den Begriff des Volksschädlings prägte, muß ihm hierbei zunächst die Personengruppe gegenwärtig gewesen sein, deren strafbare Betätigung er in den einzelnen Strafbestimmungen nach alter Methode tatbestandsmäßig niedergelegt hat. Wollte er auf jeden Fall die Eingruppierung des Täters in diese Gruppe für die Verurteilung fordern, so hätte er durch entsprechende Aufnahme einer Klammerdefinition oder in ähnlicher Form hierzu die Möglichkeit gehabt. Die unter Strafe gestellten Taten wiegen in der Regel schwer genug, um schwerste Folgen auszulösen.

Die Schwierigkeiten der geforderten Eingliederung in den Tätertyp sind gleichfalls nicht zu unterschätzen. Der Hinweis auf den Gewohnheitsverbrecher und die dabei in den Urteilen erforderliche Charakterisierung des Täters erleichtert die Aufgabe nicht. Soweit als Täter im Falle des § 2 VO. eine bereits kriminelle Persönlichkeit oder ein Jugendlicher in Frage kommt, bei dem Fürsorgeerziehung und bisheriger Lebenslauf ihn als Verbrechernachwuchs charakterisieren[40]), wird der Schluß, es handele sich um einen Volksschädling, in der Regel zwingend sein. Hier haben wir für die Persönlichkeitswertung aus dem Vorleben meist genügend Anhaltspunkte dafür, daß die Tat einer grundsätzlich der Volksgemeinschaft feindlichen Gesinnung entspricht. Darüber hinaus handelt es sich um Täter, denen alle durch den Kriegszustand zur Abwehr der Fliegergefahr getroffenen Maßnahmen nur eine günstige Chance bedeuten, im Dunkeln ihrem verbrecherischen Treiben um so sicherer nachzugehen. Das sind gerade die Täter, an welche der Gesetzgeber zunächst gedacht hat. Andererseits liegen diese Fälle in der Regel so klar, daß wir über den Volksschädlingscharakter keine Worte zu verlieren brauchen. Die ganze Wertung des Falles in dieser Hinsicht wird nur ein kurzer Rückblick auf das Geschehen und die Feststellung sein, zur Bekämpfung solcher Vorgänge hat der Gesetzgeber uns die Bestimmung des § 2 VO. an die Hand gegeben.

Nur in den anderen Fällen, wo die Tat an sich nicht in das Persönlichkeitsbild des Angeklagten paßt, muß die Theorie vom Tätertyp ihre Bedeutung beweisen. Jeder Täter, der in Ausnutzung der Abwehrmaßnahmen eine Straftat begeht, lehnt sich damit gegen die Volksgemeinschaft auf. Dennoch sind hier Gradunterschiede vorhanden. Der Wortlaut der VO. kennt sie nicht, mit der Anerkennung eines Tätertyps des Volksschädlings werden sie jedoch in die Bestimmung hineingetragen. Ein Zurückgreifen auf das Täterbild erfolgt dort, wo Zweifel über den Sinn des Gesetzes entstehen, d. h. in den kranken Fällen[41]), in denen der Tatbestand auch untypisches Handeln umfaßt. Es ist nicht zu verkennen, daß damit ein Unsicherheitsfaktor in die Rechtsprechung hineingetragen wird, das Leben wird uns jedoch immer wieder vor solche Fälle stellen, in denen die Bestrafung nach den schweren Bestimmungen des § 2 VO. dem Handeln des Täters nicht gerecht wird. Eine Anwendung des Gesetzes auf diese Fälle würde durch allzu große Schärfe die Waffe schartig machen sowie Wert und Bedeutung einer solchen Verurteilung, aufs Ganze gesehen, herabsetzen. Hiervor soll die dann erforderliche Prüfung, ob der Täter dem Täterbilde des Gesetzgebers entspricht, schützen.

Eine praktische Notwendigkeit, sich mit dem Tätertyp des Volksschädlings auseinanderzusetzen, kann somit im Anwendungsgebiet des § 2 VO. nur für einzelne besonders gelagerte Fälle anerkannt werden. In der Regel wird auch hier die Zugehörigkeit zum Typ ohne weiteres aus der Tatbestandsverwirklichung hervorgehen und damit keiner Erörterung bedürfen.

3. Der gemeingefährliche Kriegsverbrecher.

§ 3 VO. zeigt durch die Strafandrohung und die ausdrücklich geforderte Folge des Verbrechens, daß es sich um schwerste Straftaten handelt, die einem Dolchstoß in den Rücken des kämpfenden Volkes[42]) gleichkommen. Wenn irgendwo, so muß hier das Wort Geltung haben, daß die Tat den Mann kennzeichne. Wer eines solchen Verbrechens fähig ist, ist eben ein Volksschädling. Hier ist jedes Wort über Typenzugehörigkeit unnötig. Wer ein solches Verbrechen begeht, hat schlechthin den Kopf verwirkt. Das haben auch eine Reihe von Urteilen, die in der Presse veröffentlicht wurden (Brandstiftung von Scheunen), gezeigt. Es wurde hart und unerbittlich ohne jede Rücksicht auf Person und Persönlichkeit des Täters durchgegriffen. Ein solches Vorgehen dürfte allein dem Sinn und der Bedeutung der Bestimmung gerecht werden. Mit dem

[40]) Freisler hat in DJ. 1939, 1850 den Versuch unternommen, den Täterkreis abzugrenzen. Vgl. dazu meine Anm. DR. 1940, 1423 [7].

[41]) Vgl. Dahm, „Bemerkungen zum Unterlassungsproblem": Ztschr. f. d. ges. Strafw. 59, 147 f.

[42]) So mit Recht Nüse a. a. O. S. 25 Anm. 6 zu § 3 VO., ebenso Freisler: DJ. 1939, 1451.

hervorstechenden Sühnegedanken findet die Beziehung auf den Tätertyp ihre Grenze. Wenn in dem erwähnten Brandstifterfall das Gericht einen anderen Weg gegangen ist, so hat es den Zweck des Gesetzes verkannt. Die Strafbestimmung des § 3 VO. ist zu den strikten Verbotsnormen zu rechnen, deren Übertretung auf jeden Fall die vorgesehene Strafe auslöst. Der Gedanke, daß die VO. nur den Volksschädling treffen will und soll, wird damit nicht verlassen. Der Gesetzgeber hat aber hier die Typzugehörigkeit selbst durch die Kennzeichnung der besonderen Schwere der Straftat, welche die Strafandrohung zeigt, für selbstverständlich erklärt.

4. Weitere Volksschädlingstypen.

Sind im § 3 VO. die von dieser Bestimmung ergriffenen Straftaten durch die Bezeichnung als „gemeingefährliche Verbrechen" in ihrer Art bestimmt und nur schwere Rechtsverletzungen gemeint, so bietet § 4 VO. für jede Straftat Raum, sofern sie unter Ausnutzung der durch den Kriegszustand verursachten außergewöhnlichen Verhältnisse begangen ist. Von der Tatsache, daß der Gesetzgeber mit der Überschrift der VO. einen Hinweis auf eine bestimmte Tätergruppe geben und sie dadurch in ihrer Angriffsrichtung gegen das Interesse der Gemeinschaft besonders kennzeichnen wollte, ist auszugehen.

Es kommt auch hier lediglich ein Tätertyp in Frage, wie ihn Dahm dargestellt hat, d. h. wir wollen das durch den inneren Zusammenhang von Tat und Täter zu gewinnende, der Tat entsprechende Bild des Menschen hervortreten lassen, an das der Gesetzgeber bei Schaffung des Tatbestandes gedacht hat, und uns an ihm ausrichten.

Der Gesetzgeber hat die Anwendung der Bestimmung des § 4 VO. davon abhängig gemacht, daß das gesunde Volksempfinden wegen der besonderen Verwerflichkeit der Tat die schwere Bestrafung erfordert. Das RG. glaubt hiernach den Rechtssatz, daß unter die Strafbestimmungen der VolksschädlVO. nur fällt, wer sich als Täter von der Wesensart des Volksschädlings erweist, im § 4 VO. besonders ausgesprochen zu sehen[43]). Mit Recht bemängelt es in einem anderen Falle, daß die Prüfung, ob das gesunde Volksempfinden die Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens erfordert, unterblieben ist[44]). Die Parallelität zwischen der Beurteilung als Volksschädling und der Prüfung, ob die Straftat nach gesundem Volksempfinden besonders verwerflich erscheint, betont endlich eine weitere Entscheidung[45]).

In dieser Feststellung, daß die Beurteilung als Volksschädling danach zu erfolgen hat, ob die Straftat nach gesundem Volksempfinden besonders verwerflich erscheint, dürfte die Lösung des Problems zu finden sein, ob im Falle des § 4 VO. neben den tatbestandsmäßigen Feststellungen noch eine besondere Feststellung dahin zu treffen ist, daß der Täter der Wesensart des Volksschädlings entspricht. Diese Frage aufwerfen, heißt sie verneinen, sofern der Satz über die Grundlagen der Beurteilung als Volksschädling richtig ist.

Im Gegensatz zu § 2 VO. hat der Gesetzgeber im § 4 VO. eine besondere Würdigung der Straftat nach dem Grade ihrer Verwerflichkeit angeordnet und als Maßstab das gesunde Volksempfinden hingestellt. Die Verwerflichkeit muß so groß sein, daß die Tat zuchthaus- oder todeswürdig erscheint. Der Charakter der Straftat als Kriegsstraftat ist durch die geforderte Ausnutzung der durch den Kriegszustand verursachten besonderen Verhältnisse klargestellt. Damit sind aber alle Erfordernisse aufgestellt, die den Täter als „Volksschädling" charakterisieren. Der Hinweis auf den besonderen Grad der Verwerflichkeit bietet die Möglichkeit, alle diejenigen Taten auszuschalten, deren Unrechtsgehalt nicht so groß ist, daß sich der Täter durch ihre Begehung außerhalb der Volksgemeinschaft gestellt hat. Gleichzeitig weist aber die Prüfung, ob das gesunde Volksempfinden diese schwere Bestrafung erfordert, auf die Person des Täters hin. Alle Momente, die ihn sonst als einen einsatzbereiten Volksgenossen gezeigt und bewiesen haben, daß er von keiner feindlichen Einstellung gegenüber der durch den Krieg betroffenen Volksgemeinschaft beseelt ist, können hier Berücksichtigung finden. Bei der Prüfung sind Schwere der Tat und Würdigung der Persönlichkeit gegeneinander abzuwägen. Wie sonst gibt es auch hier Taten, die durch eine noch so günstige Persönlichkeitsbeurteilung niemals ihren absolut volksschädlichen Charakter verlieren und die schwere Bestrafung erheischen. Ist jedoch diese Prüfung mit Ernst und Sorgfalt vollzogen, so bedeutet die besondere Feststellung, es handele sich bei dem Täter um einen Volksschädling, nur eine Tautologie[46])

II. Der Typ des Wirtschaftssaboteurs

Unter den Bestimmungen, die den ordnungsmäßigen Umlauf der Wirtschaft und die Versorgung des Volkes mit lebenswichtigen Gütern sichern sollen, ragt der § 1 KWVO. v. 4. Sept. 1939 hervor. Weder sein Inhalt, noch die Bezeichnung der VO. weisen auf einen besonderen Tätertyp hin. Freisler[47]) nennt dennoch den Täter des § 1 KWVO. als „Wirtschaftssaboteur" neben den in der VolksschädlVO. dargestellten Verbrecherbildern. Einen Tätertyp will auch Nüse[48]) herausgestellt sehen, wobei er auf den „Kriegsschieber" und „Kriegsgewinnler" verweist, wie er sich in Jahren von 1914 bis 1918 entwickelt hat. Daß bei dem Erlaß der VO. an Kriegsschieber, Kriegswucherer oder Schleichhändler gedacht worden ist, wird auch sonst betont[49]). Ferner wird der Typ des gewissenlosen Geschäftemachers, der aus Profitgier selbst im Kriege die Belange der Allgemeinheit rücksichtslos seinem Gewinnstreben opfert, neben die genannten Typen gestellt[50]). Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie aus einer Verletzung oder Umgehung kriegswirtschaftlicher Vorschriften Vorteile ziehen. Mit Recht weist aber Rietzsch darauf hin[51]), daß unter die hier bekämpfte Tätergruppe auch derjenige fällt, der aus einer entgegengesetzten wirtschaftlichen Denkweise, aus Auflehnung gegen staatliche „Bevormundung" oder aus anderen Gründen den

---

[43]) RG.: DR. 1940, 1422[6].
[44]) RG.: DR. 1940, 1523[15].
[45]) RG.: DR. 1940, 1423[7] m. Anm. d. Verf. Die Feststellung, der Täter habe als Volksschädling gehandelt, findet sich — lediglich gestützt auf den inneren und äußeren Tatbestand — im Urteil des Sonderger. Frankfurt a. M.: Ztschr. gegen Bestechung 1940, 380.

[46]) Aus diesem Grunde dürfte auch in der Entsch. des RG.: DR. 1940, 1523[15], die auf die Notwendigkeit der Erörterung hinweist, ob das gesunde Volksempfinden eine Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens erfordert, auf den Tätertyp nicht mehr eingegangen sein.
[47]) DJ. 1939, 1450.
[48]) a. a. O. S. 18.
[49]) RG.: DR. 1940, 1668[3] m. Anm. d. Verf.; Sonderger. Essen: DJ. 1940, 574.
[50]) RG.: DR. 1940, 1939[6] m. Anm. d. Verf.
[51]) Mitt. des Vereins gegen Bestechung 1940, 373.

Kriegswirtschaftsbestimmungen zuwiderhandelt[52]). Die Gesamtbezeichnung „Wirtschaftssaboteur" entspricht der auch sonst verwendeten Kennzeichnung der Delikte als Wirtschaftssabotage[53]).

Bei der Anwendung des § 1 KWVO. wird entsprechend dem Vorgehen bei den §§ 2 und 4 VolksschädlVO. jetzt gleichfalls die Einreihung in den Tätertyp — hier des „Kriegsschädlings" — gefordert[54]). Die Rechtsprechung ist auch in diesen Fällen nicht einhellig. Mitunter gehen die Urteile auf die Tätertypfrage, auf die Tätergruppe, überhaupt nicht ein[55]). Es wird andererseits besonders hervorgehoben, daß „sich der Angeklagte nach § 1 KWVO. schuldig gemacht hat, obwohl er sich dabei nicht als ein typischer Kriegsschieber betätigt hat, wie ihn die Strafandrohung des § 1 KWVO. in erster Linie treffen will[56])". Darin dürfte ein Verzicht auf die Eingruppierung in eine besondere Tätergruppe und auf deren Kennzeichnung liegen. Ein anderes Urteil begnügt sich mit der den Täter charakterisierenden Feststellung, er habe bewußt seine eigenen geldlichen Interessen vor die Interessen der Allgemeinheit gestellt[57]). Das neuerdings verlangte Täterbild wird damit noch nicht deutlich sichtbar.

Vielleicht wird eine klare Herausstellung des Tätertyps bei den Zuwiderhandlungen gegen § 1 KWVO. daran scheitern, daß das gemeinte Täterbild zu verschwommen und in seinen Umrissen zu schwer zu kennzeichnen ist. Der „Wirtschaftssaboteur" ist eigentlich der Täter der Wirtschaftssabotage, die uns als terminus technicus in der Gesetzessprache begegnet[58]). Der „Kriegsschädling" ist ein zu umfassender Begriff, die Bezeichnung „Kriegsschieber" ist wiederum zu eng.

Für die Erfassung des Menschenbildes, an das der Gesetzgeber bei Schaffung der Vorschrift gedacht hat, steht uns richtungweisend die Präambel der KWVO. und die Ausgestaltung des Tatbestandes des § 1 zur Seite. Die Bestimmungen der VO. richten sich, soweit sie Strafnormen enthalten, gegen Personen, welche die in der Präambel als selbstverständliche Pflicht jedes Volksgenossen bezeichnete Haltung nicht zeigen. Ihre Pflichtverletzung gegenüber dem Volksganzen ist unter dem Blickpunkt der Einwirkung auf den Verteidigungskampf unseres Volkes zu sehen[59]). Wenn der Täter unter diesen Umständen seine Einsatzpflicht gegenüber Volk und Reich nicht erfüllt, so offenbart er eine der Volksgemeinschaft feindliche Gesinnung. Wie das Rechtswollen des Volkes eine solche Entfernung von der Gemeinschaft wertet, kommt in dem Strafrahmen zum Ausdruck. Die Todesstrafe soll den Täter treffen, der sich durch seine Handlungsweise völlig außerhalb der durch den Krieg betroffenen Volksgemeinschaft gestellt hat. Dem Gesetzgeber erschienen aber hier so viele Differenzierungen möglich, daß die Strafe bis auf einen Tag Gefängnis bemessen werden kann[60]). Es fehlt mithin eine absolute Wertung des Verhaltens, wie sie uns z. B. im § 3 VolksschädlVO. begegnet ist. Wenn ein so weiter Strafrahmen zur Verfügung steht, muß die Zusammenfassung aller hierunter fallenden Täter bei der Fülle der möglichen Erscheinungsformen mehr oder weniger farblos sein. Eine bessere Erkenntnis von dem Unrechtsgehalt des Lebensvorganges ist daraus nicht zu erzielen, das soll aber gerade der Zweck der Herausstellung von Tätertypen sein.

Mithin ist die Frage berechtigt, ob im Anwendungsgebiet der KWVO. der Tätertyp überhaupt erforderlich ist, um eine gerechte Beurteilung des Einzelfalles zu erzielen. Daß es sich auch in diesen Fällen nur um einen Tätertyp im Sinne Dahms handeln kann, ist sicher. Ist demnach der Tätertyp der Schatten des Tatbestandes, so mag zunächst der im § 1 KWVO. gegebene Tatbestand dahin geprüft werden, wieweit er bereits den Weg zu einer völligen Erfassung der Täterpersönlichkeit bietet.

Im Abs. 1 des § 1 KWVO. fällt die Auflockerung des Tatbestandes auf. Die nebeneinandergestellten Formen der Einwirkung auf Rohstoffe und Erzeugnisse, die zum lebenswichtigen Bedarf gehören, werden erst durch die Erkenntnis der Notwendigkeiten und Erfordernisse einer staatsgelenkten Wirtschaft in ihrer Zusammengehörigkeit erkennbar[61]). Mit ihnen sind fast sämtliche Möglichkeiten solcher Einwirkungen erfaßt. Das Erfordernis der Zugehörigkeit zum lebenswichtigen Bedarf bringt zwar eine gewisse Einschränkung. Andererseits ist aber nicht zu verkennen, daß diese Bewertung im totalen Kriege fast alle Rohstoffe und Erzeugnisse ergreift[62]). § 1 KWVO. verlangt die Gefährdung der Bedarfsdeckung. Dieses Erfordernis scheidet alle diejenigen Fälle aus, in denen ein Verstoß gegen kriegswirtschaftliche Vorschriften keine maßgebliche Rückwirkung auf die Kriegswirtschaft zeitigt[63]). Hier nicht die Anforderungen an den Nachweis der Gefährdung zu überspannen und andererseits nicht den auf dem Funktionieren aller seiner Teile aufgebauten Apparat der Kriegswirtschaft als Teil unserer Verteidigungswaffe zu verkennen, wird die Aufgabe der gerichtlichen Würdigung dieses Tatbestandselements sein[64]). Hierbei sind Ziel und Zweck der KWVO., wie sie aus der Präambel hervorgehen, zu berücksichtigen. Es handelt sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, das die Be-

---

[52]) Vgl. Ausführungen des Verf. DR. 1940, 553 mit dem Hinweis, daß der Typ des Kriegsschiebers keine Auferstehung feiern soll und darüber hinaus die Bestimmung gegen den böswilligen Saboteur des Widerstandswillens unseres Volkes gerichtet sei.

[53]) Vgl. Nagler, „Kriegsstrafrecht" S. 172 ff. Der Begriff ist allerdings mehrdeutig, vgl. Ges. v. 1. Dez. 1936 (RGBl. I, 999).

[54]) RG.: DR. 1940, 1939 [6] m. Anm. d. Verf.

[55]) Vgl. RG.: DR. 1940, 2064 [16] m. Anm. d. Verf., in der bereits hierauf hingewiesen wird. Ebenso RG.: DR. 1940, 1102 [9] bei der seltenen Behandlung eines Falles des Abs. II § 1 KWVO.

[56]) Vgl. RG.: DR. 1940, 1668 [3] m. Anm. d. Verf., in der gegen den Mißbrauch mit der Verwendung von Tätertypen Stellung genommen wird.

[57]) Vgl. Sonderger. Berlin: DJ. 1940, 736. Wegen der „Schieber" und „Hamsterer" vgl. Sonderger. Essen: DJ. 1940, 574. Eine Einreihung in den Tätertyp ist auch hier nicht direkt ausgesprochen.

[58]) Vgl. Anm. 53.

[59]) Alles ist unter dem Blickpunkt des totalen Krieges zu betrachten. Vgl. dazu Freisler: DJ. 1940, 1231.

[60]) Daß Zuchthaus oder Gefängnis ohne Einschränkung dem Ermessen des Tatrichters zur Wahl gestellt sind, wird vom RG. mit Recht immer wieder betont. Vgl. RG.: DR. 1940, 1939 [6] m. Anm. d. Verf.

[61]) Wenn man diesem Umstand Rechnung trägt, kann man auch nicht zu falschen Ergebnissen — z. B. in der Frage des Beiseiteschaffens — kommen. Sinn und Zweck des durch die Rationierungsvorschriften vorgesehenen Warenumlaufs müssen berücksichtigt werden. Vgl. Anm. d. Verf. DR. 1940, 1940; DR. 1940, 2065.

[62]) Vgl. dazu Nüse: DJ. 1940, 259 und Rietzsch a. a. O. S. 374, Freisler: DJ. 1940, 1231.

[63]) Vgl. dazu Anm. d. Verf. mit Rechtsprechung- und Literaturangabe: DR. 1940, 2065; Freisler: DJ. 1940, 1231.

[64]) Vgl. dazu Anm. d. Verf. mit Nachweisen: DR. 1940, 1669.

schränkung der Bestimmung herbeiführt, die Beschäftigung mit der Tätergruppe dürfte nicht erforderlich sein. Die Zugehörigkeit zu ihr wird im allgemeinen in der zutage tretenden Gesinnung des Täters erkennbar werden. Der Tatbestand weist jedoch auch den Weg zur Berücksichtigung des Gesinnungselements beim Täter, wenn er Böswilligkeit voraussetzt. Damit ist ein weiteres einschränkendes, aber zugleich wertendes Element in ihn eingebaut [65]).

Die Frage der Böswilligkeit hat in der Rechtsprechung und Literatur zu Auseinandersetzungen geführt [66]). Man kann sie nicht aus dem Begriffe schlechthin erklären, sondern muß sie hier in Beziehung setzen zu den Erfordernissen, welche die Kriegswirtschaft an den einzelnen Volksgenossen stellt. Eine eingehende Darlegung unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Täters ist am Platze, wenn auch die Anforderungen an ihre Feststellung nicht zu hoch zu spannen sind. Hierbei wird das Verhalten des Täters in seiner Angriffsrichtung gegen die Interessen der Kriegswirtschaft und damit in seinen schädlichen Auswirkungen auf den Verteidigungskampf gewertet. Dabei kann sich ergeben, daß sein Verhalten der Gesinnung entspricht, die den Typ des Kriegsschiebers oder ihm verwandter Gestalten kennzeichnet. Das mag auch hervorgehoben werden. Bei solcher Hervorhebung handelt es sich dann aber nicht um eine neben der tatbestandsmäßigen Feststellung liegende Eingruppierung in den Tätertyp, die erst die Berechtigung der Anwendbarkeit der Bestimmung zeigt. Vielmehr ergibt die sorgfältige Prüfung der Anwendbarkeit der Bestimmung auf die Tat an Hand der vom Gesetzgeber gegebenen äußeren und inneren Tatbestandsmerkmale mitunter die Eingruppierung in eine der Typen, die der Gesetzgeber vornehmlich treffen wollte. Diese Eingruppierung kann aber nicht allgemein gefordert werden. Es werden unter die Bestimmung auch Täter fallen, auf welche keine der bisher hervorgehobenen Typen paßt. Sie unter der Gruppenbezeichnung „Kriegswirtschafts-, Kriegsschädlinge oder Wirtschaftssaboteure" zusammenzufassen, mag den Vorteil gewisser Anschaulichkeit haben. Bei der Beurteilung ihres Verhaltens dürfte uns diese Eingruppierung nicht weiterführen. Lediglich könnte die Feststellung, daß es sich gerade um den typischen Fall eines Kriegsschiebers oder ähnliches handelt, dazu führen, in der Strafzumessung zur Höchststrafe zu greifen.

Andererseits bedeutet die Prüfung der Böswilligkeit eine Möglichkeit, die Fälle auszuscheiden, in denen der Täter aus Motiven gehandelt hat, die mit einer Sabotierung von kriegswirtschaftlichen Maßnahmen nichts zu tun haben, worauf Rietzsch hinweist [67]). Da die Böswilligkeit im Hinblick auf Sinn und Zweck der KWVO. zu prüfen ist, muß das Handeln des Täters in seiner böswilligen Angriffsrichtung gegen die Interessen der Kriegswirtschaft erkennbar sein. Der einengende Charakter dieses Tatbestandsmerkmals tritt hierbei in Erscheinung [68]).

Fordert man die Eingruppierung in den Tätertyp des Kriegsschädlings für jeden Fall, so wird nicht ausbleiben, daß Gerichte auf der Suche nach dem entsprechenden Typ die Eingruppierung glauben verneinen zu müssen, weil das Bild des Täters auf ihn nicht genau paßt, und hieran eine energische Durchführung des Kampfes gegen die Beeinträchtigung der Kriegswirtschaft scheitert.

Der 2. Absatz der KWVO. scheint nach den veröffentlichten Urteilen selten praktisch geworden zu sein. Das RG. hat sich mit ihm in einem Falle befaßt [69]) und nach der Feststellung, daß der Angeklagte Geld ohne wirtschaftlich gerechtfertigten Grund zurückgehalten hat, lediglich ausgeführt, daß auch die Schuld erwiesen sei. § 1 II KWVO. verlange nur das Wissen und Wollen des wirtschaftlich nicht gerechtfertigten Zurückhaltens von Geldzeichen. Die Bestimmung enthält ein striktes Verbot. Jede Erörterung über die Persönlichkeit des Täters im Sinne einer Tätergruppeneinteilung erscheint überflüssig. Auffällig ist, daß diese, jede Beschäftigung mit dem Tätertyp ausschließende Bestimmung gleichfalls im § 1 KWVO. ihren Platz gefunden hat.

III. Der Typ des Gewaltverbrechers

Unter den entwickelten Tätertypen wird der „Gewaltverbrecher" am ehesten geeignet sein, ein Menschenbild zu erwecken, weil schon der sprachliche Ausdruck bekannt und keine Neubildung ist. Die Überschrift der VO. spricht für die Annahme, daß sich ihre Bestimmungen gegen einen bestimmten Tätertyp richten [70]). In diesem Sinne werden sie auch von Freisler [71]), Graf Gleispach [72]), Schäfer [73]), Nüse [74]) und Kayser [75]) aufgefaßt. Welzel [76]) sieht in § 1 I VO. tattypische und tätertypische Merkmale vereinigt. Eine nähere Umschreibung des „Gewaltverbrechers" fehlt, wird vielleicht auch bewußt vermieden, um nicht zu einer Begriffszergliederung zu kommen, welche die beabsichtigte plastische Wirkung des Täterbildes beeinträchtigen könnte. Der Hinweis auf den Gangster [77]) ist nicht immer richtig verstanden worden. Wenn die dem § 1 VO. beigegebenen Beispiele zeigen, daß der Gesetzgeber vor allem an den Gangster gedacht hat, so soll dies doch nur ein Hinweis sein, in welche Kategorie der Gewaltverbrecher gehört, ohne daß auf jeden Fall der Typ des Gangster, wie er sich in Amerika entwickelt hat, auf den Täter zutreffen muß. Klee [78]) wendet sich gegen den „an sich schon ziemlich verschwommenen" Gangstertypus und will als Maßstab für die Annahme einer „schweren Gewalttat" Tat und Täter ins Auge fassen, um die objektive und subjektive Seite sich gegenseitig ergänzen zu lassen. Nagler [79]) erblickt entsprechend seiner grundsätzlichen Stellungnahme zum Tätertypus im § 1 Abs. 1 nur Tattypen, wenn auch in der Regel ihre Verwirklichung auf einer besonderen Veranlagung des Täters, der Neigung zur Übung brutaler Gewalt, beruhen mag. Dahm [80]) sieht bei der Anwendung der GewaltverbrecherVO. eine Möglichkeit frucht-

---

[65]) Ebenso Freisler: DJ. 1940, 1231.

[66]) Vgl. dazu unter Anführung der Rechtsprechung Freisler: DJ. 1940, 1232 ff.; ferner Anm. d. Verf.: DR. 1940, 1669, 1941 zu 3, 2065 zu 2 mit Nachweisen.

[67]) a. a. O. S. 377.

[68]) Vgl. Hinweis des Verf.: DR. 1940, 2065.

[69]) Vgl. RG.: DR. 1940, 1102 [9].

[70]) Vgl. RG., Besonderer Senat: DR. 1940, 361 [1] = DJ. 1940, 69.

[71]) DJ. 1939, 1853.

[72]) „Kriegsstrafrecht" I, 25.

[73]) Bei Pfundtner-Neubert zu § 1 VO.

[74]) „Kriegsstrafrecht" S. 35.

[75]) DR. 1940, 345.

[76]) „Der allg. Teil des dtsch. Strafrechts in seinen Grundzügen" S. 38, 123 f.

[77]) Vgl. Freisler: DJ. 1939, 1852.

[78]) DR. 1940, 350 ff.

[79]) „Kriegsstrafrecht" S. 222 ff.

[80]) „Tätertyp" S. 22, 34, 38.

barer Verwertung des von ihm herausgestellten Tätertypus.

Das RG. hat zunächst die Frage, ob die VO. nur gegen Menschen Anwendung finden kann, die nach gesundem Volksempfinden als „Gewaltverbrecher" anzusehen sind, offen gelassen[81]). Die eingehenden Ausführungen eines späteren Urteils[82]) zur Persönlichkeit des Angeklagten lassen dann jedoch darauf schließen, daß die Eingruppierung in den Tätertyp des Gewaltverbrechers für erforderlich gehalten wird. Den Typ des Gewaltverbrechers erwähnt ausdrücklich ein von Nagler[83]) zitiertes Urteil des Sondergerichts Breslau, von einer „typischen Gangstermethode" ist in einem Urteil des Sondergerichts Stuttgart[84]) die Rede, das sich besonders sorgfältig mit dem Entwickelungsgang des Angeklagten befaßt[85]).

Die Beschäftigung mit dem Tätertyp bedeutet eine Ausdehnung der bei der Urteilsfällung vorzunehmenden Prüfung. Wir werden sie ablehnen, wenn der gesetzliche Tatbestand keiner Einschränkung bedarf und die richtige Wertung des Unrechtsgehaltes der Tat auch aus den im Tatbestand zur Verfügung gestellten Wertungsbegriffen möglich ist. Sie wird ferner dann fortfallen müssen, wenn der Gesetzgeber die Generalprävention derart in den Vordergrund gerückt hat, daß für irgendwelche Unterscheidungen kein Platz mehr ist. In diesem Sinne dürfte jedoch die Bestimmung nicht zu verstehen sein. Vielmehr weist die Bezeichnung der VO. auf eine Einschränkung ihres Wirkungsbereiches hin.

Solche Einschränkung erscheint bei der gewiß weiten Fassung des Tatbestandes im Abs. I, ebenso aber auch im Abs. II geboten. Als Wertungselement steht im Abs. I lediglich der Begriff der „schweren Gewalttat" zur Verfügung[86]). Dabei sei aber schon darauf hingewiesen, daß bei Notzucht, Straßenraub und Bankraub unter Anwendung der genannten Waffen nicht einmal solche Wertung Platz greift. Die Frage der „anderen gleichgefährlichen Mittel" wird sich kaum als ein einschränkendes Wertungselement verwenden lassen[87]). Wenn wir aber nicht in irgendeiner Weise zu einer Einschränkung kommen, würde jeder Totschlag unter Anwendung eines der genannten Mittel zur Todesstrafe führen. Das war sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers[88]). Bei der Prüfung der „Schwere" der Gewalttat ist die Möglichkeit der Ausschaltung der nicht todeswürdigen Handlungen vielleicht gegeben. Die „Schwere der Gewalttat" läßt aber auch keine genügende Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit zu. Es wird also nicht möglich sein, auf Grund der tatbestandsmäßigen Feststellungen im Wege tattypischer Prüfung die tätertypische Prüfung unnötig zu machen.

Hier greift die Lehre vom Tätertyp helfend ein und ist ihre Anwendung geboten, d. h. eine Verurteilung auf Grund der Bestimmung — zunächst des § 1 Abs. I der VO. — soll nur erfolgen, wenn es sich bei dem Täter um einen Gewaltverbrecher handelt. Das Bild des Gewaltverbrechers drängt sich bei typisch „gangstermäßigem" Vorgehen uns ohne weiteres auf und wäre dann kurz mit dem Typ des Gangsters, wie er sich in der Kriminalgeschichte eingeführt hat, zu vergleichen. Aber es heißt nicht bei dem Gangster stehen zu bleiben! Der Begriff des Gewaltverbrechers geht weiter.

Soweit es sich bei den Tätern um Persönlichkeiten handelt, die bereits früher Verbrechen oder Vergehen ähnlicher Art begangen haben, weist die vorzunehmende Eingruppierung keine besonderen Schwierigkeiten auf. Es mag zweifelhaft sein, ob wir es in solchen Fällen nicht überhaupt mit einem kriminologischen Tätertyp zu tun haben. Typen mit dem im Urteil des Sondergerichts Stuttgart dargestellten Lebenslauf werden uns häufiger begegnen. Sie haben sich aus der Volksgemeinschaft selbst ausgeschlossen, deren Verdammungsurteil jetzt nur als logische Folge ihrer Tat und ihres Lebenslaufes erscheint.

Schwieriger liegt der Fall, wenn der Täter nicht oder nur unerheblich — auf jeden Fall nicht in diesem Sinne einschlägig — bestraft ist. Auch die Einzeltat muß natürlich die Verurteilung auf Grund des § 1 Abs. 1 der VO. herbeiführen können[89]). Wie immer, wird auch hier die Gesinnung des Täters von maßgeblicher Bedeutung für seine Eingruppierung in die Tätergruppe sein. Die bei einer Einzeltat gezeigte Gesinnung kann bereits die Merkmale in sich tragen, aus denen nach gesunder Volksanschauung der Schluß gerechtfertigt ist, hier haben wir einen Gewaltverbrecher vor uns. Alle Täter solcher Gewalttaten schwerer Natur, die der Gesetzgeber mit der Bestimmung treffen will, vereinigt die rohe, gewalttätige Gesinnung, die sich auch in Form, Art und Ausführung der Tat dokumentiert. Wenn auch somit die Gesinnung letzten Endes nur eine gewisse Widerspiegelung der Tat in der Person des Täters ist, so rückt die geforderte Betrachtungsweise dennoch diese Person in den Vordergrund und läßt uns Tat und Täter als Ganzes erscheinen.

Unter dem in Abs. 2 des § 1 der VO. genannten „Verbrecher" ist nach herrschender Auffassung[90]) nicht ein Gewaltverbrecher i. S. der erörterten Tätertyps gemeint. Der Ausdruck ist vielmehr i. S. der Volksanschauung und des allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen, wonach derjenige als Verbrecher bezeichnet wird, der eine erhebliche Straftat begangen hat. Ein Tätertyp ist damit nicht gekennzeichnet. Die geforderte Begrenzung und Einengung des Tatbestandes ist dennoch erreicht.

Zusammenfassung

Vor der Forderung, in jedem Falle der Kennzeichnung gewisser Tätertypen in gesetzlichen Bestimmungen die Eingruppierung des Täters bei der Verurteilung ausdrücklich zu verlangen, wurde schon

[81]) DR. 1940, 361 [1], wobei jedoch die Feststellung, daß beide Angeklagte solche Gewaltverbrecher sind, nebenher erfolgte.

[82]) RG.: DJ. 1940, 598.

[83]) a. a. O. S. 224.

[84]) DR. 1940, 441 [1] mit Anm. Tegtmeyer.

[85]) Wenn das Urteil des RG. im DR. 1940, 1939 [5] keine Ausführungen über den Tätertyp enthält, so dürften hierfür keine prinzipiellen Gründe vorliegen.

[86]) Vgl. über die Auslegung dieses Begriffes RG.: DR. 1940, 361 [1].

[87]) Vgl. im Gegenteil über die weite Auslegung dieser Bestimmung: RG.: DR. 1940, 361 [1] und DJ. 1940, 598, 736 und DR. 1940, 1939 [5] = DJ. 1940, 1169.

[88]) Vgl. Freisler: DJ. 1939, 1852.

[89]) Vgl. RG.: DR. 1940, 361 [1]. Das Urteil betrifft zwei Täter, von denen der eine auch im kriminologischen Sinne den Tätertyp des Gewaltverbrechers verkörperte, während der andere durch die eine Tat charakterisiert war.

[90]) Vgl. Nüse a. a. O. S. 37 zu 7; Klee: DR. 1940, 352, dessen Forderung über die Wertung der Persönlichkeit des „Verbrechers" wohl etwas zu weit geht; Freisler: DJ. 1939, 1853; Schäfer bei Pfundtner-Neubert, Anm. 12 zu § 1 VO.; Nagler a. a. O. S. 229 ff.; a. M. Graf Gleispach a. a. O. 27.

früher gewarnt[91]). Die Kennzeichnung des Lebensbildes eines Verbrechers statt der Beschreibung des Tatbestandes ist erfolgt, um dem Richter die bessere Erkenntnis des sittlichen Unrechtsgehalts der Tat und deren richtige Bewertung zu ermöglichen. Wenn man nun neben den nach wie vor erforderlichen Feststellungen des Tatbestandes in objektiver und subjektiver Beziehung die weitere Feststellung der Tätergruppenzugehörigkeit des Täters verlangt, so wird dadurch die Waffe der Justiz im Kampfe gegen die Kriegsschädlinge nicht gestärkt, sondern geschwächt. Soweit die gesetzlichen Tatbestände hinreichende Möglichkeiten bieten, den sittlichen Unrechtsgehalt der Tat zu erfassen, sollte jede Erörterung über den Tätertyp unterbleiben. Im Kriegsstrafrecht hat sich bei den in die Untersuchung einbezogenen Verordnungen nur in zweifelhaften Fällen bei § 2 der VolksschädlVO. und bei der Anwendung des § 1 Abs. 1 der GewaltverbrecherVO. die Notwendigkeit einer besonderen Entscheidung über die Tätertypzugehörigkeit gezeigt.

[91]) Mittelbach, „Gedanken zur Konkurrenzfrage im Strafrecht“: DR. 1940, 1497 f. Ferner DR. 1940, 2064[15] Anm., DR. 1940, 1668[3] Anm., DR. 1940, 1423[7] Anm., DR. 1941, 45[3] Anm.

Die Rechtsprechung des 6. (ostmärkischen) Strafsenats des Reichsgerichts

(Abgeschlossen 15. Dez. 1940)

Von Landgerichtsdirektor Hans Schickert, Leipzig

In der Ostmark gelten vorläufig noch das österreichische Strafgesetz von 1852, die österreichische Strafprozeßordnung von 1873 und die meisten strafgesetzlichen Nebenbestimmungen der Ostmark weiter. Daneben sind seit der Rückgliederung der Ostmark zahlreiche reichsdeutsche Strafgesetze eingeführt worden. Die Aufgabe des 6. (ostmärkischen) Strafsenats des RG. ist deshalb eine doppelte. Der 6. Senat setzt, soweit es sich um die Anwendung österreichischen Rechts handelt, die Rechtsprechung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien fort; soweit es sich um reichsdeutsche Gesetze handelt, gliedert er sich der Rechtsprechung der fünf reichsdeutschen Senate des RG. an. Der 6. Senat hat es bei dieser Doppelstellung nicht leicht. Die Grenzen zwischen ostmärkischem und reichsdeutschem Recht sind oft nicht scharf zu ziehen; selbst bei Anwendung reichsdeutschen Strafrechts gilt das österreichische Strafverfahren. Es tauchen Fragen auf, die nach einer Angleichung des ostmärkischen Rechts an das reichsdeutsche Recht rufen. Diese Angleichung zu finden, ist sehr schwer. Das RG. kann den Gesetzgeber nicht ersetzen, es kann nicht über eindeutige gesetzliche Bestimmungen hinweg, es muß in Kauf nehmen, daß im Ergebnis Unterschiede in der Strafbarkeit und vor allem in der Strafbemessung gleicher Straftaten bestehen, die bei der immer engeren Verschmelzung der Ostmark mit dem Altreich auf die Dauer dem unbefangenen Volksgenossen, der unbeschwert über längst nicht mehr bestehende Grenzen wandert, unverständlich erscheinen. Im ostmärkischen Senat sind neben ostmärkischen Richtern reichsdeutsche Richter tätig; bei der Reichsanwaltschaft arbeiten österreichische und reichsdeutsche Staatsanwälte zusammen, um jene Synthese für eine Übergangszeit zu finden, die hoffentlich recht bald durch eine Zeit abgelöst wird, in der im ganzen Großdeutschen Reich nur noch ein Strafrecht und ein Strafverfahren gelten.

Aufgabe dieser Arbeit ist es nicht, im einzelnen die Fortentwicklung des ostmärkischen Strafrechts und Strafverfahrens in den festen Bahnen der Rechtsprechung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien zu verfolgen. Es soll auch nicht gezeigt werden, wie der ostmärkische Senat die reichsdeutschen Gesetze auslegt, denn hier gliedert er sich ja in die Gemeinschaft der fünf reichsdeutschen Senate ein. Es soll vielmehr der Versuch unternommen werden, einzelne Grenzgebiete zu behandeln, also alle die Fragen, die den reichsdeutschen Rechtswahrer im Interesse der Rechtseinheit und der Gerechtigkeit beschäftigen. Dabei soll nicht erörtert werden, welches Strafgesetz das bessere ist und welches Strafverfahren dem Leben näher steht. Es soll vielmehr gezeigt werden, welche Schwierigkeiten vorliegen, wie sie zu meistern oder nicht zu überbrücken sind. Es werden nur die wichtigsten Gebiete des österreichischen Strafrechts und des österreichischen Strafverfahrens behandelt.

I.

Das österreichische Strafgesetz (StG.)

a) Allgemeiner Teil

Es sind gerade in der letzten Zeit im Hinblick auf die Verschiedenheiten bei der Bestrafung der Reichsdeutschen und der Ostmärker Vorschläge gemacht worden, die bei dem sogenannten interlokalen Strafrecht eine Lösung versucht haben. Der 1. Senat hat in RGSt. 74, 219 = DR. 1940, 1525[19] unter Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte dahin entschieden, daß eine in der Ostmark begangene Straftat auch von den Gerichten des Altreichs in der Regel nach österreichischem Recht zu beurteilen ist ohne Unterschied, ob die Tat vor oder nach der Vereinigung Österreichs mit dem Reich begangen worden ist. Denn grundsätzlich sei jede strafbare Handlung, die in einem der mehreren Rechtsgebiete des Deutschen Reiches begangen werde, von jedem Gericht des Deutschen Reiches nach dem sachlichen Strafgesetz des Tatortes zu beurteilen. Die Vorschriften des sogenannten internationalen Strafrechts seien insoweit unanwendbar. Der 6. Senat legt von jeher das Recht des Tatortes zugrunde, ohne sich bisher grundsätzlich zu dem umgekehrten Falle, wie ihn der 1. Senat zu beurteilen hatte, ausgesprochen zu haben.

Der böse Vorsatz des österreichischen Strafrechts hat eine eigentümliche Erweiterung über seine natürlichen Grenzen hinaus durch den Schlußsatz des § 1 StG. erfahren und den in der Rechtslehre immer noch umstrittenen indirekten bösen Vorsatz aufgenommen. Mit diesem Begriff befaßt sich die Entscheidung 6 D 69/40 v. 19. April 1940; nach ihr liegt indirekter böser Vorsatz nur dann vor, wenn die beabsichtigte Tat eine solche war, daß daraus das Übel gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann. Damit wird entsprechend dem

Willenstrafrecht eine seelische Beziehung des Täters zu dem ungewollt herbeigeführten Erfolg verlangt.

Zurechnungsfähigkeit und Rauschtat haben das reichsdeutsche Recht in den letzten Jahren viel beschäftigt. Die Rechtsprechung hat u. a. immer wieder Anlaß nehmen müssen, auf die beiden Elemente der Zurechnungsfähigkeit, das Unterscheidungs- und das Hemmungsvermögen, hinzuweisen. In dieser Richtung will auch die Entscheidung RGSt. 73, 238 = DR. 1939, 1861[21] aufklärend wirken und die Verbindung zum reichsdeutschen Recht herstellen, wenn sie darlegt, daß zum Begriff der „vollen Berauschung" im Sinn des § 2c StG. nicht gehört, daß sich die Sinnenverwirrung bis zur vollen Bewußtlosigkeit gesteigert hat, also zu einem Zustand, in dem das Denkvermögen völlig aufgehoben ist. Doch muß die durch Alkoholgenuß hervorgerufene Bewußtseinsstörung einen so hohen Grad erreichen, daß sie den Betrunkenen unfähig macht, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.

Mit dem Züchtigungsrecht, das einen Unrechtsausschließungsgrund nach § 2 StG. darstellen kann, befaßt sich 6 D 69/40 v. 19. April 1940; danach ist ein Recht jedermanns, einen Tierquäler körperlich zu züchtigen, von der Rechtsordnung nicht anerkannt.

In der Richtung der reichsdeutschen Rechtsprechung zur Notwehr liegt die Entscheidung RGSt. 73, 341 zu § 2g StG. Abwehrhandlungen, die der Täter im Zuge eines Raufhandels vornimmt, sind in der Regel nur Teile der auf die Überwindung des Täters gerichteten Gesamttätigkeit und können deshalb nicht als Notwehrhandlungen angesehen werden; entfällt aber im Verlauf des Raufhandels das Merkmal der Gegenseitigkeit, hat namentlich einer der Kampfteile zu erkennen gegeben, daß er den Willen zur Fortsetzung des Kampfes aufgegeben hat, so kann für ihn eine Notwehrlage entstehen. Die schon oben genannte Entscheidung 6 D 69/40 v. 19. April 1940 arbeitet den dem reichsdeutschen Recht ebenfalls bekannten Begriff der Nothilfe heraus und bezeichnet sie als eine Art der Notwehr, die Rechtsverteidigung, nicht notwendigerweise Selbstverteidigung ist; das Recht der Nothilfe habe die gleichen Voraussetzungen wie das Recht der Notwehr überhaupt.

Zwischen dem Versuch des reichsdeutschen Rechts und dem Versuch des österreichischen Rechts (§ 8 StG.) bestehen in der Fassung Unterschiede, die allerdings nicht so gewichtig sind, daß sie einer Angleichung an das reichsdeutsche Recht entgegenstehen. Nach ständiger Rechtsprechung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien ist für die Annahme strafbaren Versuchs erforderlich, daß der Täter mit dem für die strafbare Handlung erforderlichen Vorsatz Handlungen begeht, die deutlich erkennen lassen, welche bestimmte strafbare Tat ausgeführt werden soll. Die Grenze zwischen der zur wirklichen Ausübung führenden Versuchshandlung und der straflosen Vorbereitungshandlung sei nicht in der größeren oder geringeren Annäherung an das strafgesetzwidrige Ziel, auch nicht in der Herstellung einer größeren oder geringeren Anzahl von Bedingungen, an die die Erreichung des Zieles geknüpft ist, sondern einzig und allein darin zu suchen, daß — im Gegensatz zu § 11 StG. — die auf dieses Ziel gerichtete Absicht des Täters eine aus dem äußeren Vorgang erkennbare Darstellung gefunden habe. Es komme auch nicht darauf an, ob der Täter die Vollendung des Verbrechens für einen in der näheren oder für einen in der ferneren Zukunft liegenden Zeitpunkt in Aussicht genommen habe, wenn er nur den ernstlichen Entschluß, das Verbrechen zu begehen, durch ein äußeres Verhalten zum Ausdruck gebracht habe, das nach den Umständen nur auf diesem Entschluß beruhen könne. Diese Rechtsprechung wird vom 6. Senat weitergeführt (z. B. 6 D 220/39 v. 14. Juli 1939 = EvBl. 1939 Nr. 513 und 6 D 6/40 v. 5. März 1940). Der 6. Senat hat bisher zu der Frage des untauglichen Versuchs noch keine Stellung genommen, obwohl gerade diese Frage im Hinblick auf die umfassende Bekämpfung der Abtreibungsseuche unbedingt im Sinne der reichsdeutschen Rechtsprechung gelöst werden sollte. Vertritt schon die österreichische Rechtsprechung weitgehend die subjektive Theorie, so kann sie wohl auch über die bisherige Lehre, die bei dem Versuch am untauglichen Objekt und beim Versuch mit absolut untauglichen Mitteln einen Mangel am Tatbestand sieht, hinwegkommen.

Eine Frage der versuchten Verleitung zu einem Verbrechen nach § 9 StG. erörtert RGSt. 73, 227. Wer zu einem Diebstahl zu verleiten sucht, ist nach dem § 176 I b StG. zu behandeln, wenn der in dieser Gesetzesstelle angegebene Erschwerungsgrund, der den Diebstahl zum Verbrechen macht, in seiner Person gegeben ist; dagegen komme es nicht auf die Vorstrafen des Angestifteten an. Das RG. schließt dies einmal aus dem Wortlaut des § 177 StG. und dann aus dem Umstand, daß der § 5 StG. den Mitschuldigen dem unmittelbaren Täter gleichstellt und daß nach dem § 8 StG. schon der Versuch einer Tat nach dem § 9 StG. nur eine erfolglos gebliebene Anstiftung und wie der Versuch des Verbrechens zu bestrafen ist.

Die Bestimmungen des österreichischen Rechts über die Behandlung des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen in den §§ 34, 35, 267 StG. gelten sowohl für die Jdeal- wie auch für die Realkonkurrenz. Danach ist grundsätzlich die Strafe nach dem strengeren Gesetz mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestimmen. Diese im Gegensatz zum reichsdeutschen Recht bestechend einfache Lösung im Sinne des Absorptionsprinzips krankte bisher nur daran, daß eine Bestimmung mangelte, wonach der gesetzliche Strafrahmen der schärfsten angedrohten Strafe überschritten werden konnte. Im Hinblick auf die Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen RGSt. 73, 148 = DR. 1939, 1713[1] hat nunmehr auch der 6. Senat: RGSt. 74, 216 = DR. 1940, 1521[11] für die Anwendung des § 34 StG. ausgesprochen, das Mindestmaß und die Strafart des milderen Gesetzes müßten auch dann eingehalten werden, wenn nach dem strengeren Gesetz eine kürzere Strafe oder eine mildere Strafart zulässig sei. Dabei seien das Mindestmaß und die Strafart nach dem durch die Bestimmungen über das außerordentliche Milderungs- oder Strafumwandlungsrecht erweiterten Strafrahmen zu beurteilen. Mit der Anwendung des § 34 StG. in Verbindung mit dem JGG. befaßt sich RGSt. 73, 402. Hat der Täter verschiedene Verbrechen teils vor und teils nach der Vollendung des 18. Lebensjahres begangen, so ist für die Frage, ob auf Kerker- oder auf Arreststrafe zu erkennen ist, maßgebend, gegen welches der verschiedenen Verbrechen im besonderen Teil des Strafgesetzes die strengere Strafe angedroht ist.

b) Einzelne strafbare Handlungen

Das Verhältnis der Erpressung nach § 98 StG. zur unbefugten Einschränkung der persönlichen Frei-

heit nach § 93 StG. behandelt 6 D 53/39 v. 11. Juli 1939 = DR. 1939, 1862. Das Verbrechen der Erpressung ist kein Sonderfall des Verbrechens der unbefugten Einschränkung der persönlichen Freiheit, sondern es ist umgekehrt letzteres ein Sonderfall der Erpressung, der dadurch gekennzeichnet ist, daß die erzwungene Leistung darin besteht, daß der Angegriffene eine bestimmte Örtlichkeit nicht verläßt. Ist die Absicht des Täters darauf gerichtet, eine andere Leistung zu erzwingen, so geht die zu diesem Zweck ausgeübte Gewalttätigkeit auch dann, wenn sie mit einer Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Angegriffenen verbunden ist, in dem Verbrechen der Erpressung auf.

Zum Tatbestand des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 101 StG. wird an sich nicht gefordert, daß ein Schaden wirklich eingetreten ist; es genügt vielmehr die Absicht, jemandem an seinem Vermögen oder auch an anderen Rechten Schaden zuzufügen (6 D 713/39 v. 6. Febr. 1940). Nach 6 D 34/40 v. 21. Juni 1940 ist der Schaden in § 101 nicht auf einen Vermögensschaden beschränkt; es genügt die Schädigung anderer Rechte. Das bloße Aufsichts- oder Kontrollrecht des Staates ist jedoch kein solches geschütztes Recht. Zu den „Geschäften der Regierung" gehört nach 6 D 304/40 v. 13. Sept. 1940 auch die Herausgabe und Verteilung von Lebensmittelkarten und -marken. Die gefährliche Eröffnung eines anvertrauten Amtsgeheimnisses im Sinne des § 102c StG. sieht 6 D 140/39 v. 13. Juni 1939 = DR. 1939, 1714 in dem Umstand, daß die ohne Kontrolle der Öffentlichkeit zu behandelnde Angelegenheit preisgegeben wird, wobei es nicht darauf ankommt, ob jemand wirklich davon auch erfahren hat; die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens durch Preisgabe des Amtsgeheimnisses genüge zum Tatbestand des „gefährlicherweise Eröffnens". Das Verhältnis des § 101 StG. zur Geschenkannahme in Amtssachen nach § 104 StG. erörtert die Entscheidung 6 D 140/40 v. 10. Mai 1940 = EvBl. 1940 Nr. 287, die zudem grundsätzlich herausstellt, es müsse zwischen dem Beamten und demjenigen, der den Vorteil verspricht, Übereinstimmung darüber bestehen, daß die Amtshandlung von der Leistung des Bestechers abhängig gemacht sei. Das werde dann der Fall sein, wenn die ins Amt einschlagende Handlung, deren Vornahme von einer Entlohnung abhängig gemacht werde, als eine inhaltlich und zeitlich bestimmte beiderseits ins Auge gefaßt sei. An der erforderlichen Bestimmtheit fehlt es, wenn sich der Beamte ein Geschenk oder einen Vorteil für den Fall versprechen läßt, daß seine Tätigkeit, ganz unbestimmt wie und wann, einmal in Anspruch genommen werden sollte. Mit dem Zweck des § 104 StG. befaßt sich in eingehender Weise 6 D 321/40 v. 8. Nov. 1940. Zweck der gesetzlichen Bestimmung sei die Bestrafung eines Beamten, der sich bestechen lasse; es komme nicht darauf an, ob der bestochene Beamte dann die von ihm begehrte Parteilichkeit auch wirklich begehe. Daraus, daß es zum Verbrechen nach § 104 zweiter Fall genügt, aber auch erforderlich ist, daß der Beamte das Geschenk oder den Vorteil oder das Versprechen eines solchen in der Absicht annimmt, dem Wunsch des Bestechers zu entsprechen, folgt, daß der Beamte zur Zeit der Bestechung mit der Möglichkeit rechnen muß, er werde in die Lage kommen, eine Amtshandlung vorzunehmen, bei der er im Sinn des Bestechers parteilich vorgehen kann. Erachtet der Beamte diese Möglichkeit für ausgeschlossen oder nimmt er das Geschenk oder das Versprechen mit dem Entschluß an, die von ihm erwartete Parteilichkeit trotz gegebener Gelegenheit nicht zu begehen, so macht er sich nicht des Verbrechens der Geschenkannahme in Amtssachen schuldig; in solchen Fällen ist jedoch zu prüfen, ob der Beamte nicht wegen Betruges zu verurteilen ist.

Einen Fall der Notzucht, der einen wichtigen Nachteil der betroffenen Frau an ihrer Gesundheit nach § 126 StG. zur Folge gehabt hat, behandelt der 3. Strafsenat in RGSt. 73, 316 = DR. 1940, 157[8] bei der Abwandlung eines sudetenländischen Straffalles. Der Erschwerungsumstand des § 126 Satz 2 StG. liegt dann vor, wenn die Tat als Ganzes die dort angeführten Nachteile — an der Gesundheit oder am Leben der Beleidigten — zur Folge gehabt hat, gleichgültig, ob sie durch die angewendete Gewalt oder erst durch den Vollzug des außerehelichen Beischlafs verursacht worden sind. Zur Auslegung des Begriffs der „Gesundheit" kann die deutsche Rechtsprechung zu dem ganz ähnlichen Begriff der Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 StGB. herangezogen werden. — Starke Anlehnung an die reichsdeutsche Rechtsprechung zeigt auch RGSt. 74, 16 mit den Darlegungen zur Bewußtlosigkeit im Sinne des § 127 StG. Dem Zustand der „Bewußtlosigkeit" kommt nur eine so hochgradige Störung oder Schwäche der Geistestätigkeit — verbunden mit der Unfähigkeit, das Triebleben durch verstandesmäßige Erwägungen zu beeinflussen — gleich, daß sie es ausschließt, die Bedeutung des Geschlechtsverkehrs zu erfassen und dieser Einsicht gemäß in geschlechtlicher Hinsicht über den eigenen Körper zu verfügen. — Eine notwendige Klarstellung des Begriffs der Wehrlosigkeit bringt 6 D 254/40 v. 30. Aug. 1940, wonach unter Wehrlosigkeit der Zustand zu verstehen ist, in dem das Opfer außerstand gesetzt ist, dem Täter Widerstand zu leisten.

Der österreichische Senat hat in der ersten Zeit an der alten Rechtsprechung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien festgehalten, wonach Unzucht im Sinne des § 129 I b StG. nur die beischlafsähnliche Handlung sei. Diese Rechtsprechung konnte im Hinblick auf die grundlegende Wandlung der reichsdeutschen Rechtsprechung zu § 175 StGB. n. F. nicht aufrechterhalten werden. In RGSt. 74, 164 = DR. 1940, 1011[4] hat der 3. Strafsenat und in späteren Entscheidungen auch der 6. Strafsenat ausgesprochen, daß „Unzucht" im Sinne des § 129 I b StG. nicht nur die beischlafsähnliche Handlung, sondern jeder unzüchtige Mißbrauch des Körpers einer anderen Person sei (z. B. 6 D 121/40 v. 4. Juni 1940 = EvBl. 1940 Nr. 332 = DJ. 1940, 964). Nach 6 D 261/40 v 9. Juli 1940 können unsittliche Anträge unter bestimmten Umständen den Versuch des Verbrechens nach § 129 I b StG. begründen, wenn sich aus ihnen der ernstliche Entschluß des Täters erkennen läßt, das Verbrechen begehen zu wollen.

Dem RG. lag eine Reihe von Fällen vor, in denen Ärzte in der Sprechstunde teils erwachsene, teils jugendliche Personen im Sinne des § 132 III StG. mißbraucht hatten. Das RG. hat sich in mehreren Entscheidungen (6 D 283/40 v. 3. Sept. 1940 und 6 D 267/40 v. 3. Sept. 1940) auf den Standpunkt gestellt, daß von einem Arzt zu behandelnde Personen im allgemeinen nicht seiner Aufsicht anvertraut sind. In 6 D 395/40 v. 8. Nov. 1940 ist jedoch ausgesprochen, daß doch gewisse Einschränkungen für jugendliche Personen zu machen seien. Das jugendliche Alter eines Patienten werde dem Arzt in vielen Fällen die Pflicht, über die körperliche

und sittliche Integrität des Patienten zu wachen, auferlegen. Doch müsse in jedem einzelnen Fall untersucht werden, ob — sei es infolge des jugendlichen Alters, sei es aus anderen Gründen — Umstände vorliegen, die auf seiten der verleiteten Person eine Schutzbedürftigkeit und auf seiten des Verleiters die Verpflichtung, über das sittliche Wohl der anvertrauten Person zu wachen, begründen. — Mit dem immer wieder mißverstandenen Begriff des Verleitens befaßt sich zusammenfassend 6 D 181/39 v. 27. Juni 1939 = DR. 1939, 1517. In der Vornahme des Unzuchtsaktes an sich kann das zum Tatbestand des § 132 III StG. erforderliche Merkmal der Verleitung in der Regel nicht erblickt werden. Verleitung setzt vielmehr eine Tätigkeit voraus, die unter den gegebenen Umständen die Eignung besitzen muß, den anders gearteten Willen der verführten Person zu beugen oder doch in einer von ihr ursprünglich nicht gewollten Richtung zu beeinflussen. Der Vollzug des Beischlafs kann daher den Tatbestand des § 132 III StG. nur dann begründen, wenn damit der Zweck verfolgt wird, die schutzbedürftige Person zur Duldung weiterer Unzuchtshandlungen zu verleiten. Die einfache Anregung zur Unzucht ohne Beugung eines anders gearteten Willens der schutzbedürftigen Person ist jedenfalls kein Verleiten (ebenso 6 D 195/40 vom 30. Aug. 1940).

Einen Fall nach § 506 StG. behandelt RGSt. 74, 40. Weigert sich die unter Zusage der Ehe Verführte nachträglich, den Verführer zu heiraten, so hindert das nicht, den Verführer nach § 506 StG. zu bestrafen, wenn er die Weigerung böswillig selbst herbeigeführt hat.

Das Merkmal der Öffentlichkeit bei Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 516 StG. hat in der österreichischen Rechtsprechung von jeher die Auslegung erfahren, wie sie in der reichsdeutschen Rechtsprechung erst durch RGSt. 73, 90 = JW. 1939, 542[7] entwickelt worden ist. Darauf weisen 6 D 121/40 v. 4. Juni 1940, 6 D 301/40 vom 30. Aug. 1940 und 6 D 612/39 v. 10. Nov. 1939 = EvBl. 1940 Nr. 84 hin, wenn sie darlegen, zum Tatbestand des § 516 StG. sei erforderlich, daß die unzüchtigen Handlungen auf eine öffentliches Ärgernis erregende Art begangen werden, d. h. daß die Tat auf eine Art und Weise vorgenommen wird, daß sie nach den örtlichen Verhältnissen von einem größeren Personenkreis, der sich nicht bloß aus der vertrauten Umgebung des Täters zusammensetzt, wahrgenommen wird oder doch wahrgenommen werden kann.

In einer Entscheidung zum Verbrechen der Tötung auf Verlangen (§ 139 a StG.) hat der 6. Senat die Rechtsprechung zum reichsdeutschen § 216 StGB. bewußt übernommen, wenn er ausführt, die Ernstlichkeit des Tötungsbegehens setze einen im Vollbesitz der Entschlußfähigkeit stehenden Menschen voraus; das Tötungsverlangen eines schwer gemütskranken Menschen könne nicht als ernstliches gewertet werden (6 D 308/40 v. 23. Juli 1940).

Mit der immer wieder falsch verstandenen „feindseligen Absicht“ beim Totschlag (§ 140 StG.) beschäftigt sich 6 D 69/40 v. 19. April 1940. Danach ist feindselige Absicht die Absicht, der angegriffenen Person ein körperliches Übel zuzuführen, also sie zu verletzen oder sie zu mißhandeln; feindselige Absicht sei nach Auffassung der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Lehre nicht eine auf Feindseligkeit oder Gehässigkeit als Beweggrund beruhende Absicht, also nicht ein sogenannter dolus coloratus.

Die zahlreichen Fälle von Abtreibungen, die auch den 6. Senat im Berichtszeitraum beschäftigt haben, gaben Anlaß, den Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ zu klären und sich hierbei auf das engste an die Rechtsprechung der reichsdeutschen Senate anzuschließen. Nach 6 D 161/40 v. 26. April 1940 und 6 D 307/40 v. 8. Nov. 1940 ist Gewerbsmäßigkeit dann anzunehmen, wenn die Absicht des Täters darauf gerichtet ist, sich durch Wiederholung der strafbaren Handlung eine möglichst dauernde Einnahmequelle zu schaffen. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit verlangt nicht, daß die strafbare Handlung tatsächlich wiederholt wird. Es genügt die Verübung einer einzigen Tat, wenn in ihr die gekennzeichnete Absicht des Täters klar zutage tritt. Zur Annahme gewerbsmäßigen Handelns genügt, daß die Erwartung von Entgelt neben anderen Gründen wie Mitleid mitbestimmend für den Entschluß zur Tat ist (vgl. 3 D 27/39 v. 2. Febr. 1939 = JW. 1939, 691). Nach RGSt. 73, 360 ist bei der Entscheidung, ob der Täter die Tat gewerbsmäßig begangen hat, das gesamte Verhalten, nicht nur zur Tatzeit, sondern auch vor und nach der Tat in Betracht zu ziehen. Dabei sind auch solche strafbaren Handlungen zu berücksichtigen, die nicht mehr strafbar oder nicht mehr verfolgbar sind.

Beim Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung im Sinne des § 152 StG. ist der Erfolg dem Täter auch dann zuzurechnen, wenn er ihn nicht beabsichtigt hat. Erforderlich ist nur, daß er in feindseliger Absicht gehandelt hat. Feindselige Absicht ist aber nichts anderes als Mißhandlungsabsicht. Ist eine solche gegeben, so ist dem Täter die durch seine Handlung verursachte schwere körperliche Beschädigung auch dann zuzurechnen, wenn er sie nicht beabsichtigt hat, wenn sie aber aus seiner Handlung „gemeiniglich erfolgt oder doch leicht erfolgen kann“. Diese Entscheidung (6 D 108/39 v. 6. Juni 1939 = DR. 1939, 1714) ist als weiterer Beitrag zum indirekten bösen Vorsatz von besonderem Interesse. — Bei § 155 c StG. war bisher die Frage, ob diese Bestimmung eine schwere körperliche Beschädigung voraussetzt, bestritten. Das RG. ist in 6 D 584/39 v. 17. Okt. 1939 = EvBl. 1940 Nr. 78 der Ansicht, daß auch eine leichte Beschädigung genügt.

Auf dem unerschöpflichen Gebiet des Diebstahls können nur wenige Entscheidungen Interesse beanspruchen. Mit dem Gesellschaftsdiebstahl im Sinne des § 174 II a StG. befaßt sich 6 D 319/40 v. 3. Sept. 1940 und führt aus, zum Gesellschaftsdiebstahl werde das Einverständnis der Diebesgenossen über die Verübung des Diebstahls, eine wenn auch nur entfernte Beteiligung aller Täter an der Ausführungshandlung und ihrer Anwesenheit an oder zunächst dem Tatort verlangt. 6 D 405/40 vom 8. Nov. 1940 legt zu § 174 I d StG. dar, erforderlich sei, daß der Dieb das Zugriffshindernis bei der Wegnahme überwinde. Zeit- und Müheaufwand, die der Täter erst nach vollendetem Diebstahl entfalte, um zu dem Inhalt des gestohlenen Behältnisses zu gelangen, vermöge dem schon vollendeten Diebstahl nicht mehr die Eigenschaft eines Diebstahls durch Sicherungsbruch zu geben. Damit schließt sich der 6. Senat der reichsdeutschen Rechtsprechung in einer Frage an, die immer schon als unbefriedigend empfunden wurde und die man über den jetzt auch in der Ostmark eingeführten § 2 StGB. zu lösen trachtet. — Den Diebstahl zwischen Verwandten im Sinne des § 463 StG. erörtert 6 D 411/40 v. 25. Okt. 1940 und führt aus, daß Stiefkinder nicht zu den in § 463 StG. begünstigten Per-

sonen gehören. — Die Entwendung im Sinne des § 467 StG. behandelt 6 D 329/40 v. 20. Sept. 1940; danach kann die Befriedigung des Rauchbedürfnisses als Befriedigung eines Gelüstes angesehen werden. Das Gelüst müsse sich unmittelbar auf die zu entwendende Sache beziehen. Wer sein Rauchbedürfnis dadurch befriedigen wolle, daß er einen geringen Geldbetrag stehle, um sich Zigaretten zu kaufen, begehe einen gemeinen Diebstahl.

Dem reichsdeutschen Recht ist der Unterschied zwischen Untreue (§ 205c StG.) und Veruntreuung (§§ 181, 183 StG.) fremd. In der Ostmark werden diese beiden Straftatbestände oft verwechselt. RGSt. 73, 374 hat deshalb ganz klar die Unterschiede herausgestellt. Untreue ist die pflichtwidrige Ausübung des Rechtes, als unmittelbarer Stellvertreter oder als Organ Rechtshandlungen mit Wirkung für den Vertretenen vorzunehmen. Die Veruntreuung stellt sich demgegenüber als Mißbrauch einer tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit über das anvertraute Gut dar. Auf die oft nicht leicht zu ziehende Grenze zwischen strafbarem Tun und vertragswidrigem Verhalten weisen zwei Entscheidungen hin. Von einer Veruntreuung kann nach 6 D 232/39 v. 23. Juni 1939 = DR. 1939, 1517 nicht gesprochen werden, wenn der Täter das ihm anvertraute Geld zwar auftragswidrig nicht dem vom Anvertrauenden bestimmten Zweck zuführt, es jedoch für den Anvertrauenden, wenn auch vertragswidrig, zu anderen Zwecken verwendet (ebenso 6 D 201/40 v. 28. Juni 1940). Für die Frage, mit welchem Betrag eine Veruntreuung dem Täter zugerechnet werden muß, ist nach 6 D 721/39 v. 28. Mai 1940 nicht der Schaden des Verkäufers maßgebend, sondern der Wert, den die veruntreuten Gegenstände im Zeitpunkt der strafbaren Handlung hatten. Bei Veruntreuung von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sachen zieht diese Entscheidung zwei Grenzen, den Verkehrswert und den Verkaufspreis abzüglich der auf diesen bezahlten Raten. Eine Veruntreuung durch einen Rechtsanwalt sieht 6 D 159/40 v. 24. Mai 1940 in dem Umstand, daß der Anwalt einen ihm von seiner Partei zu einem bestimmten Zweck übergebenen Geldbetrag entgegen diesem Auftrag zur Deckung seiner eigenen Kosten verwendet.

Nach 6 D 270/40 v. 9. Juli 1940 umfaßt das Verhehlen einer gestohlenen Sache im Sinne des § 185 StG. jede Tätigkeit, die dem Berechtigten die Wiedererlangung seines Eigentums unmöglich macht oder erschwert; ein rein passives Verhalten reiche jedoch dazu nicht aus.

Die oft recht schwierigen Fragen der tätigen Reue bei Diebstahl und Veruntreuung im Sinne des § 187 StG. erörtert 6 D 405/40 v. 8. Nov. 1940. Weigert sich der Beschädigte, den ihm tatsächlich angebotenen vollständigen Schadensersatz anzunehmen, so kommt bei Beurteilung der Frage der tätigen Reue diesem Anbieten die Wirkung der Schadensgutmachung zu, wenn es in einer Weise geschieht, die dem Beschädigten jederzeit die sofortige Entgegennahme der Entschädigung ermöglicht. Verhalte sich ein Angeklagter passiv, so könne von einer tätigen Reue keine Rede sein. 6 D 135/40 v. 31. Mai 1940 = EvBl. 1940 Nr. 289 enthält Darlegungen zum „Vergleich" im Sinne des § 188b StG. Der Ausdruck „Vergleich" bezeichnet nicht etwa ein spezielles Vertragsverhältnis des bürgerlichen Rechts. Darunter ist vielmehr jedes auf Gutmachung des Schadens im Sinne des § 187 StG. abzielende Übereinkommen zu verstehen, ohne Rücksicht auf seine Einreihung in eine bestimmte Kategorie von Verträgen. Den Schwerpunkt verlegt § 188b StG. nicht auf den Inhalt und den Umfang der Wiedergutmachung, sondern auf die Erfüllung des Übereinkommens, dem Beschädigten binnen einer bestimmten Zeit Vergütung zu leisten.

Unter den zahllosen Fällen, die wegen Betruges und Meineides an das RG. gelangen, können nur einige grundsätzliche Entscheidungen angeführt werden. Nach RGSt. 74, 9 gehört das Recht des Staates, die Einwanderung zu überwachen, als solches nicht zu den Rechten, die der § 179 StG. schützt, wohl aber ist die Absicht, den Staat an einem der im § 197 geschützten Rechte zu schädigen, dann gegeben, wenn der Täter beabsichtigt, den Zweck der Bestimmungen zu vereiteln, die auf dem Gebiet der Einwanderungsüberwachung bestehen. RGSt. 73, 354 führt aus, die Ablegung eines falschen Offenbarungseides könne dem Täter auch dann als Verbrechen nach den §§ 197, 199a StG. zugerechnet werden, wenn er nicht die Absicht gehabt habe, durch den falschen Eid die Gläubiger zu schädigen oder ihre Befriedigung zu vereiteln; auch gehöre nicht zum Tatbestand, daß die falschen Angaben geeignet gewesen seien, diesen Erfolg herbeizuführen. Das Verbrechen könne daher auch durch Verschweigen von Vermögensbestandteilen begangen werden, die der Vollstreckung entzogen seien. 6 D 755/39 v. 16. Febr. 1940 hat zu der umstrittenen Frage Stellung genommen, ob die Aussage einer in einem Strafverfahren formell als Zeuge vernommenen Person, die selbst in dem Verdacht steht, die strafbare Handlung, über die sie vernommen wird, begangen zu haben, als Zeugnis im Sinne des § 199a oder als Verantwortung des der strafbaren Handlung selbst Verdächtigen anzusehen sei. Das RG. hat dabei allgemein darauf hingewiesen, es handele sich bei der Entscheidung darum, wie den Bedürfnissen des Strafverfahrens nach Erforschung der materiellen Wahrheit Rechnung getragen werden könne, ohne dabei gegen die Vorschrift des § 202 ÖstStPO. zu verstoßen. Nach RGSt. 74, 208 ist für die Beurteilung der Schädigungsabsicht bei einem falschen Eid oder bei einem falschen Zeugnis der Zeitpunkt der Tat maßgebend. Wurde das Verbrechen nach § 199a StG. in einem Rechtsstreit wegen Vaterschaft und Unterhaltsleistung begangen, so lasse sich der beabsichtigte Schade nur insoweit genau ermitteln, als er durch die Bezahlung der bis dahin fällig gewesenen Unterhaltsraten entstehen sollte. Hinsichtlich der weiteren Unterhaltsbeträge gestatte es die eigentümliche Natur des Unterhaltsanspruches nicht, die Summe aller Raten bis zum vollendeten 14. Lebensjahr des Kindes in Anschlag zu bringen.

Mittäter bei einer Urkundenfälschung sind nach 6 D 362/40 v. 11. Okt. 1940 nicht nur die Fälscher, sondern auch, wer die von einem anderen nachgemachte oder verfälschte Urkunde benutzt, soweit er im Einverständnis mit dem Fälscher handelt. Liege ein solches Einverständnis nicht vor, so mache sich der, der in Schädigungsabsicht von einer nachgemachten oder verfälschten öffentlichen Urkunde in Kenntnis ihrer Unechtheit Gebrauch mache, nur des gemeinen Betruges, nicht aber des Verbrechens nach § 199d StG. schuldig.

Mit der Verleumdung im Sinne des § 209 StG. befassen sich zwei Entscheidungen, die auf immer wieder vorkommende Fehler der Untergerichte hinweisen. Nach 6 D 428/40 v. 15. Nov. 1940 kommt es bei dem Verbrechen nach § 209 StG. nur darauf an, daß der Verleumder die Umstände kennt, die die den Gegenstand der fälschlichen Beschuldi-

gung bildende Tat geeignet machen, dem Verleumdeten eine Strafverfolgung wegen Verbrechens zuzuziehen; daß im einzelnen Falle aus besonderen Gründen nicht der Tatbestand eines Verbrechens, sondern nur der einer anderen strafbaren Handlung oder selbst ein strafloses Verhalten angenommen werde, tue nichts zur Sache. — Einer „größeren Gefahr" im Sinne des § 210b StG. wird der Verdächtigte durch die Verleumdung dann ausgesetzt, wenn die Nachteile, die ihm drohen, über die mit jedem Strafverfahren wegen eines Verbrechens regelmäßig verbundenen Nachteile weit hinausgehen. Diese besondere Gefährdung stelle nach § 210a StG. nicht nur eine objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit dar, sondern müsse auch vom Vorsatz des Angeklagten umfaßt gewesen sein (6 D 734/39 v. 12. Jan. 1940 = EvBl. 1940 Nr. 118; 6 D 148/40 v. 17. Mai 1940).

In der Frage der Selbstbegünstigung besteht weitgehende Übereinstimmung zwischen dem reichsdeutschen und dem österreichischen Recht. Die von einem an der Vortat Beteiligten einem anderen daran Beteiligten geleistete Begünstigung macht nach §§ 214, 307 StG. verantwortlich, es sei denn, daß der Begünstigte mit der dem anderen Beteiligten geleisteten Begünstigung zugleich sich selbst der Bestrafung entziehen will. Es kann daher auch ein an der Vortat Beteiligter durch Anstiftung eines anderen daran Beteiligten zu einer zugunsten des Anstifters begangenen Begünstigung nach den §§ 5, 214 StG. strafbar werden (6 D 397/40 vom 25. Okt. 1940 und 6 D 363/40 v. 4. Okt. 1940). Mit dem Verhältnis der Vorschubleistung durch Verhehlung nach § 214 StG. zur Teilnehmung am Diebstahl (Veruntreuung) nach § 185 StG. und zum Raub nach § 196 StG. befaßt sich 6 D 401/40 v. 1. Nov. 1940 und führt aus, die Vorschubleistung durch Verhehlung richte sich gegen die Rechtspflege, die Teilnehmung am Diebstahl, die Veruntreuung und der Raub dagegen gegen das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten. Ob das eine oder das andere Verbrechen oder beide Verbrechen in eintätigem Zusammentreffen vorlägen, hänge nur von der inneren Einstellung des Täters ab.

Bei den Konkursverbrechen und -vergehen bereitet die Frage der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. Den Begriff Zahlungsunfähigkeit behandeln 6 D 251/40 v. 9. Juli 1940 und 6 D 297/40 v. 25. Okt. 1940. Eine Zahlungsunfähigkeit liege vor, wenn der Schuldner nicht imstande sei, binnen angemessener Frist und bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung alle seine Schulden vollkommen zu begleichen; bei Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit sei nicht bloß das zur Deckung der Schulden verfügbare Vermögen zu berücksichtigen, es sei auch auf die persönlichen Verhältnisse des Schuldners, von denen seine wirtschaftliche Lage abhänge, auf seine Arbeitskraft, seine Fähigkeiten, seinen gesunden Kredit Bedacht zu nehmen. — Eine Benachteiligung der alten Gläubiger im Sinne des § 486 Nr. 2 StG. wird nach 6 D 81/40 v. 24. Mai 1940 durch die Entstehung neuer Schulden oder die Bezahlung von Schulden dann nicht herbeigeführt, wenn hierdurch die Erzielung von Einkünften ermöglicht werde und diese der der Befriedigung der alten Gläubiger dienenden Masse in einem Umfange zugeführt würden, welcher der Höhe der neu entstandenen Schulden und der erfolgten Zahlungen entspreche.

c) Strafzumessung.

Im Gegensatz zu den reichsdeutschen Senaten, die nur in sehr beschränktem Umfange Einfluß auf die Strafzumessung nehmen können, ist der 6. Senat in fast allen Fällen in der Lage, das Strafmaß der Untergerichte zu korrigieren und sogar die Strafen selbst neu festzusetzen. Das hängt mit den Eigentümlichkeiten des österreichischen Strafgesetzes und den Besonderheiten der Nichtigkeitsbeschwerde zusammen. Das Strafgesetz von 1852 hat außerordentlich hohe Mindeststrafen, erklärlich aus der historischen Entwicklung; geht doch das Strafgesetz von 1852 zum Teil noch auf die mit drakonischen Strafen versehene Theresiana zurück. Das österreichische Recht sieht deshalb zahlreiche Möglichkeiten vor, aus bestimmten Gründen unter das Mindestmaß der ordentlichen Strafe herunterzugehen. Dieses sogenannte außerordentliche Milderungsrecht (§§ 54, 55, 260, 262, 266 StG., § 265a StPO., Art. VI der Strafprozeßnovelle von 1918) hat nun dazu geführt, daß seine Anwendung zu einer Regel geworden und in den letzten Jahren in der Ostmark zu einer Verweichlichung des Strafmaßes geführt hat. An dieser Erscheinung krankt auch heute noch zum Teil die österreichische Gerichtsbarkeit. Es fällt auf, wie gering im allgemeinen die Strafen in der Ostmark im Vergleich zu den Strafen im Altreich ausfallen. Schuld daran ist ausschließlich das fast immer und dann zu weitgehend angewandte außerordentliche Milderungsrecht. Die Anwendung oder Nichtanwendung des außerordentlichen Milderungsrechts kann mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden, und zwar auf Grund des § 20 der VO. zur Überleitung der Rechtspflege v. 28. Febr. 1939 (RGBl. I, 358). Das bedeutet, daß der 6. Senat in fast jeder an ihn gelangten Sache auch über das Strafmaß zu befinden hat, eine Möglichkeit, die die reichsdeutschen Senate nicht oder nur in ganz besonderen Ausnahmefällen haben. Es ist nun Aufgabe des 6. Senats, gerade hier im Interesse der großdeutschen Einheit so zu wirken, daß annähernd eine gleiche Strafbemessung wie im Altreich stattfindet. Das ist keine leichte Aufgabe, zumal auch innerhalb des Altreichs erhebliche Unterschiede bestehen. Durch § 12 der VO. zur weiteren Anpassung des österreichischen Strafrechts an das Reichsrecht v. 13. August 1940 (RGBl. I, 1117) sind die Staatsanwaltschaften nunmehr gehalten, in der Hauptverhandlung bestimmte Anträge über die Bemessung der Strafe zu stellen. Dadurch kann auf Grund von Richtlinien und Weisungen an die Staatsanwaltschaften jetzt ein starker Einfluß auf die Strafbemessung der Gerichte genommen werden. Dies ist um so nötiger, als in der Ostmark bisher die Maßregeln der Sicherung und Besserung nicht eingeführt sind. Auch der Oberreichsanwalt stellt, sofern er eine Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wegen Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts vertritt, in der Regel bestimmte Anträge zur Strafzumessung, denn er kann dank seines Überblicks über die gesamte Rechtsprechung im Großdeutschen Reich zuverlässige Vergleiche ziehen und zu seinem Teil am besten dazu beitragen, daß allzu große Unterschiede in der Strafbemessung vermieden werden. In Fällen, in denen eine auf § 20 ÜberlVO. gestützte Nichtigkeitsbeschwerde für begründet erachtet wird, beschränkt sich die Entscheidung des RG. nicht darauf, nur den Ausspruch über die Strafe aufzuheben und die Neubemessung dem Erstgericht zu überlassen. Das Erstgericht wird vielmehr in solchen Fällen nur dann an der Strafzumessung beteiligt, wenn die im angefochtenen Urteil enthaltenen Feststellungen

keine ausreichende Grundlage für eine Strafbemessung durch das RG. bieten (6 D 368/39 v. 25. Juli 1939 = DR. 1940, 32 = EvBl. 1939 Nr. 586 und zahlreiche andere Entscheidungen).

Bei der Frage der Anwendbarkeit des außerordentlichen Milderungsrechts nach § 54 StG. sind die erschwerenden Umstände den mildernden Umständen nur insoweit gegenüberzustellen, als durch das Vorhandensein von Erschwerungsgründen die auf die mehreren Milderungsgründe gestützte Erwartung, daß sich der Verurteilte bessern werde, nicht gegeben sein kann (6 D 374/40 v. 27. Sept. 1940). — Bei der Prüfung der Frage, ob bei einem Jugendlichen die Bestimmungen des § 54 StG. oder die des § 265 a StPO. Anwendung finden können, ist von den im Strafgesetz angedrohten Strafsätzen, nicht von den durch § 11 JGG. für Jugendliche herabgesetzten Höchstmaßen der Freiheitsstrafen auszugehen (6 D 699/39 v. 30. Jan. 1940 = EvBl. 1940 Nr. 192).

RGSt. 73, 363 hat grundsätzlich — gegenüber immer wieder vorkommenden unzulänglich begründeten Nichtigkeitsbeschwerden — darauf hingewiesen, daß nach dem § 20 ÜberlVO. nur die ungerechtfertigte Anwendung oder Nichtanwendung, nicht aber auch eine zu weitgehende oder zu wenig weitgehende Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts einen Nichtigkeitsgrund bildet. Jedoch kann nach RGSt. 74, 114 = DR. 1940, 1102[9] der auf rechtsirrtümlicher Annahme oder Nichtannahme eines besonders schweren Falles beruhende Strafausspruch entsprechend dem Grundgedanken des § 20 ÜberlVO. mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden.

Das Gesetz über die bedingte Verurteilung v. 23. Juli 1920 ist nach der allgemeinen Regel des § 1 der StrafanpassungsVO. v. 8. Juli 1938 (RGBl. I, 844) sinngemäß auch bei Gefängnis- und Haftstrafen anzuwenden, die nach § 3 Abs. 2 a. a. O. der Strafe des strengen Arrestes und des Arrestes gleichzuhalten sind (6 D 284/40 v. 12. Juli 1940 = EvBl. 1940 Nr. 370).

Im übrigen steht auch der österreichische Senat in Anlehnung an die Rechtsprechung der reichsdeutschen Senate auf dem Standpunkt, daß es unzulässig ist, Tatbestandsmerkmale bei der Strafzumessung schärfend zu berücksichtigen (6 D 368/39 v. 25. Juli 1939; 6 D 228/40 v. 21. Juni 1940).

II.

Das Strafverfahren

a) Strafprozeßordnung

Eine wiederholte Zustellung des Urteils bewirkt nach 6 D 257/39 v. 20. Juni 1939 = DR. 1939, 1862 keine Verlängerung der Rechtsmittelfrist.

Durch § 68 Abs. 2 StPO. werden nur bei Wiederholung einer Hauptverhandlung infolge Urteilsaufhebung die bei der ersten Hauptverhandlung beteiligten Richter für ausgeschlossen erklärt. § 68 Abs. 2 greift jedoch nicht Platz, wenn der Schuldspruch aufgehoben und nur noch auf der Grundlage eines geänderten Schuldspruches die Strafe neu zu bemessen ist. Anders ist es allerdings wiederum dann, wenn der Ausspruch über die Strafe aufgehoben wird — dann liegt eine infolge der Nichtigkeitsbeschwerde notwendig gewordene Wiederholung des der Strafbemessung gewidmeten Teiles der früheren Hauptverhandlung vor (6 D 337/40 vom 24. Sept. 1940).

Nach RGSt. 73, 326 ist ein Antrag, die Hauptverhandlung wegen Nichterscheinens des Verteidigers zu vertagen, nicht aus dem Gesichtspunkt des § 226 StPO., sondern aus dem Gesichtspunkt des § 274 StPO. zu prüfen.

Mit der Ablehnung von Beweisanträgen, die in aller Regel von den Untergerichten unrichtig gehandhabt wird, befaßt sich 6 D 713/39 v. 6. Febr. 1940. Danach ist die Begründung der Ablehnung von Beweisanträgen wegen „Unerheblichkeit" an sich nicht ausreichend, der Rechtsmittelinstanz die Gelegenheit zur Prüfung zu geben, ob durch das Zwischenerkenntnis Verfahrensgrundsätze verletzt wurden. Es ist jedoch zu prüfen, ob die Formverletzung auf die Entscheidung einen dem Angeklagten nachteiligen Einfluß geübt hat (§ 281 letzter Absatz StPO.). — In der Praxis wird vielfach übersehen, daß nunmehr auch in der Ostmark die VO. über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege v. 1. Sept. 1939 (RGBl. I, 1658) gilt, die in § 24 die Ablehnung eines Beweisantrages mit der Begründung gestattet, die Erhebung des Beweises sei zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich.

Daß eine Nichtigkeitsbeschwerde auf die Verletzung der Aufklärungspflicht gestützt werden kann, hat das österreichische Strafverfahren mit dem reichsdeutschen Recht gemeinsam. Den Grundgedanken des § 258 StPO. legt 6 D 75/39 v. 16. Mai 1939 = DR. 1939, 1715 in ausführlicher Weise dar. Nach dieser Entscheidung ist Zweck des Strafprozesses die Erforschung der materiellen Wahrheit, nicht aber die Prüfung, ob die vorgeführten Beweismittel zur Verurteilung genügen. Deshalb dürfe sich das Gericht in der Beweisführung nicht rein untätig verhalten, es habe vielmehr nicht nur alle zuungunsten des Angeklagten vorgekommenen Tatsachen und Beweismittel, sondern ebenso auch die zugunsten des Angeklagten sprechenden einer gewissenhaften Prüfung zu unterziehen und alle für die Entscheidung in Betracht kommenden Umstände festzustellen und zu berücksichtigen (vgl. auch 6 D 470/39 v. 10. Nov. 1939 = EvBl. 1940 Nr. 91).

Im Gegensatz zum reichsdeutschen Recht ist die Tat im Urteilssatz zu bezeichnen. 6 D 156/40 v. 3. Mai 1940 bringt die ständige Rechtsprechung des ehemaligen Obersten Gerichtshofs in Wien in Erinnerung, wo nach § 260 Ziff. 1 StPO. zwar nicht gefordert wird, daß die Tat im Urteilssatz erschöpfend beschrieben wird; doch sei immerhin notwendig, daß die Tat durch konkrete Umstände derart umschrieben werde, daß sie genügend individualisiert sei. Eine solche Individualisierung liege nicht vor, wenn sich der Urteilssatz darauf beschränke, den Wortlaut des Gesetzes wiederzugeben.

Ein Antrag des Staatsanwalts nach § 263 StPO. kann auch als Hilfsantrag nur für den Fall der Nichtverurteilung wegen der ursprünglich angeklagten Tat gestellt werden. Zum Gegenstand der Anklageausdehnung kann nicht nur eine in der Hauptverhandlung neu hervorgekommene Tat des Angeklagten, sondern auch eine solche gemacht werden, die dem Ankläger schon vor Einbringung der Anklageschrift bekannt gewesen ist (6 D 323/40 v. 13. Sept. 1940).

Nach RGSt. 73, 250 = DR. 1939, 1862[25] ist § 265 StPO. nur dann anzuwenden, wenn das frühere Urteil wenigstens soweit rechtskräftig ist, daß die früher zuerkannte Strafe unveränderlich feststeht. Die rechtsirrige Anwendung oder Nichtanwendung des § 265 StPO. könne nur dann mit der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 281 Nr. 11 StPO.) angefochten werden, wenn sie zu einer Überschreitung der Gren-

zen des gesetzlichen Strafrahmens oder des dem Gericht zustehenden Strafumwandlungs- oder Milderungsrechts geführt habe — § 265 StPO. ist nach C 88/40 v. 23. Juli 1940 = DR. 1940, 1672 an sich keine Vorschrift des Verfahrensrechts; die Bestimmung gehört vielmehr dem sachlichen Recht an. Sie beansprucht daher nach § 1 der Strafenanpass-VO. im sondergerichtlichen Verfahren in der Ostmark die gleiche Geltung wie die §§ 34, 35 und 267 StG.

Bei dem Aufbau und der Abfassung der Urteilsgründe wird sehr oft die klare Anweisung des § 270 Ziff. 7 StPO. übersehen. Darauf weist das RG. immer und immer wieder hin. Auch der 6. Senat vertritt in seiner Rechtsprechung die Ansicht der reichsdeutschen Senate, daß Unklarheit und Unübersichtlichkeit der Sachdarstellung einen Verstoß gegen das sachliche Recht bedeute (vgl. zum reichsdeutschen Recht u. a. RGSt. 71, 25 = JW. 1937, 757[21]). Besonders deutlich bringt dies 6 D 657/39 v. 3. Mai 1940 zum Ausdruck, wenn es dort heißt, Erklärungen, es unterliege „keinem Zweifel“, vermöchten die fehlenden Gründe nicht zu ersetzen (ferner 6 D 373/40 v. 22. Nov. 1940).

Im Falle wiederholter Vertagung der Hauptverhandlung nach § 276a StPO. ist die einmonatige Frist von der ersten Vertagung an zu rechnen. Die Verletzung des § 276a vermöge jedoch den Nichtigkeitsgrund des § 281 Ziff. 3 StPO. nicht herzustellen, weil diese Bestimmung nicht zu jenen Vorschriften gehöre, deren Beobachtung das Gesetz ausdrücklich bei sonstiger Nichtigkeit vorschreibe.

Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Ziff. 5 StPO. ist derjenige, der am meisten geltend gemacht, aber auch am meisten mißverstanden wird. Mit ihm hat sich der ehemalige Oberste Gerichtshof in Wien in zahllosen Entscheidungen befaßt. Auch der 6. Senat ist dauernd bestrebt, ein Überschreiten dieses Nichtigkeitsgrundes nach der Richtung uferloser Angriffe gegen die Beweiswürdigung hintanzuhalten. Dafür nur einige Beispiele. Eine „offenbar unzureichende Begründung“ liegt nach 6 D 632/39 vom 12. Jan. 1940 nur dann vor, wenn ein vom Erstgericht aus den festgestellten Tatsachen gezogener Schluß nicht ohne Verletzung der Denkgesetze folgerichtig gezogen werden kann; daß auch noch ein anderer Schluß oder eine andere Auslegung möglich wäre, macht den Schluß nicht anfechtbar. Mit der „Unvollständigkeit“ befaßt sich 6 D 95/40 vom 29. März 1940 und führt aus, das Gericht habe sich im Urteil nicht mit allen Angaben der Zeugen und Sachverständigen zu befassen, sondern nur mit denen, die die Grundlage für die vom Gericht vorgenommenen und für die Entscheidung notwendigen Feststellungen bilden. Mit Nichtigkeit nach § 281 Ziff. 5 ist eine „Aktenwidrigkeit“ nur dann bedroht, wenn sie einen erheblichen Widerspruch enthält. Erheblich ist nur ein solcher Widerspruch, der eine für die Rechtsfragen entscheidende Tatsache betrifft (6 D 609/39 v. 28. Nov. 1939).

Irrtümer unterlaufen weiter sehr oft bei der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Ziff. 8 StPO. 6 D 159/40 v. 24. Mai 1940 weist darauf hin, daß für die Frage des Verhältnisses zwischen Urteil und Anklage und damit für die Frage, ob das Urteil die Anklage überschritten habe, Anklagesatz und Urteilsspruch, nicht aber die Urteilsgründe maßgebend seien. Ergebe sich hieraus, daß die Tat, deren der Angeklagte schuldig erkannt wird, und die Tat, die der Angeklagte nach der Anklage begangen haben soll, ohne Verletzung des Grundsatzes „ne bis in idem“ nicht Gegenstand zweier nebeneinander bestehender Anklagen oder Schuldurteile sein können, so liege die Nämlichkeit der unter Anklage gestellten und der Tat vor, auf die sich der Schuldspruch beziehe.

Das Verhältnis des Nichtigkeitsgrundes aus § 281 Ziff. 11 StPO. zu dem Nichtigkeitsgrund aus § 20 ÜberlVO. erörtert 6 D 632/39 v. 12. Jan. 1940. Der Ausdruck „in besonders schweren Fällen“, könne als namentliche Anführung eines Erschwerungsumstandes im Sinne des § 281 Ziff. 11 StPO. nicht angesehen werden. Liege nur ein einziger — gleitender — Strafsatz vor, und nicht zwei gesonderte Strafsätze, dann könne z. B. die Zuchthausstrafe „in besonders schweren Fällen“ den Nichtigkeitsgrund des § 281 Ziff. 11 StPO. nicht bilden, die Nichtigkeitsbeschwerde könne jedoch auf § 20 ÜberlVO. gestützt werden.

Das Unterbleiben der förmlichen Wiederaufnahme eines nach § 109 StPO. eingestellten Strafverfahrens bildet nicht nur eine Formverletzung, sondern schließt die Verfolgung auch dann aus, wenn die im § 352 Abs. 1 StPO. bezeichneten sachlichen Voraussetzungen der Wiederaufnahme vorliegen (6 D 99/40 v. 17. Mai 1940 = EvBl. 1940 Nr. 335).

Nach RGSt. 74, 121 = DR. 1940, 1011[5] sind § 491 StPO. und damit die Geltung des § 427 StPO. im vereinfachten Verfahren vor dem Einzelrichter des LG. durch die ÜberlVO. nicht berührt worden.

b) Befugnis zur Delegierung

Nach ständiger Rechtsprechung des 6. Senats gelten die §§ 62, 63 StPO. nur im Bereich des österreichischen Strafrechts. Somit kann das RG. eine bei einem ostmärkischen Gericht anhängige Sache diesem Gericht nicht abnehmen und einem reichsdeutschen Gericht nicht zuweisen. Das ist oft recht unerfreulich und unpraktisch. Handelt es sich um Strafsachen, die nach einem auch in der Ostmark eingeführten reichsdeutschen Gesetz abzuwandeln sind, so ersucht in der Regel der Oberreichsanwalt den zuständigen ostmärkischen Oberstaatsanwalt, die Strafverfolgung an den örtlich auch zuständigen Oberstaatsanwalt im Altreich abzugeben. Im übrigen bestehen hinsichtlich der Delegierungsbefugnis durch das RG. vielfach Unklarheiten. Nach 6 Tgb 256/40 v. 4. Juni 1940 steht § 42 Abs. 3 JGG. einer Oberweisung auf Grund von §§ 62, 63 StPO. nicht entgegen. 6 Tgb 353/40 v. 2. Nov. 1940 weist grundsätzlich darauf hin, daß Gegenstand einer Delegierung nur ein gerichtliches Strafverfahren sein könne. Ein solches setzt in Verbrechens- und Vergehensfällen voraus, daß der Ankläger einen Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung oder die Anklageschrift gegen eine bestimmte Person wegen einer bestimmten Tat eingebracht habe. Lasse ein Staatsanwalt Vorerhebungen durch Untersuchungsrichter oder durch ein AG. führen, so handele es sich nur um ein vom Staatsanwalt geleitetes Verfahren (§ 88 StPO.). Ein Einfluß auf die Frage, von welcher Staatsanwaltschaft die Vorerhebungen zu führen seien, steht dem RG. dann nicht zu.

Eng damit zusammen hängt die Entscheidung von Streitigkeiten über die Zuständigkeit von Gerichten nach § 64 StPO. Auch § 64 StPO. setzt voraus, daß zwischen Gerichten, die nicht unter demselben OLG. stehen, die Zuständigkeit in einer Strafsache streitig ist, mit der sich diese Gerichte infolge eines vom berechtigten Ankläger gestellten Verfolgungsantrages zu befassen haben. Die Entscheidung von Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Staatsanwaltschaften fällt nicht in den Aufgabenkreis der Gerichte, sondern der den Staatsanwaltschaften übergeordneten Behörden (6 Tgb 396/40 v. 4. Okt. 1940).

Die Einkommen- und Umsatzsteuer des Rechtsanwalts

Von Rechtsanwalt Dr. Siegfried Brandt, Fachanwalt für Steuerrecht, Berlin

Nach Abschluß des Jahres 1940 tritt wieder die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärungen im Laufe des Februars an den Anwalt heran und zwingt ihn zur Beschäftigung mit seinen eigenen Angelegenheiten, die er sonst gern in den Hintergrund schiebt. Einige der wichtigsten Fragen, die immer wieder auftauchen, seien hier kurz erörtert.

Die Einkommensteuer

Das berufliche Einkommen des Anwalts rechnet zu der Gruppe der Einkünfte aus selbständiger Berufstätigkeit. Diese Einkünfte sollen an sich grundsätzlich nach § 4 EinkStG. auf Grund eines Vermögensvergleiches ermittelt werden (Gewinn gleich Endvermögen am Schluß des Jahres abzüglich Anfangsvermögen diesen Jahres, zuzüglich der Privatentnahmen, abzüglich Einlagen). Von der Besteuerung nach dem Vermögensvergleich kann aber abgesehen werden, wenn das der Anwaltstätigkeit dienende Vermögen wesentlichen Schwankungen nicht zu unterliegen pflegt. Im allgemeinen ist daher bei Anwälten die Besteuerung nach dem Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben üblich. Der Anwalt ist aber berechtigt und bei wesentlichen Vermögensschwankungen sogar verpflichtet, handelsrechtlich Bücher zu führen und Bilanzen aufzustellen. Nur dann, wenn dies geschieht, kann er auch von der Bewertungsfreiheit für kurzlebige Wirtschaftsgüter Gebrauch machen in dem eingeschränkten Umfange, wie diese zur Zeit noch besteht (im wesentlichen also für Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, deren Anschaffungskosten im neuen Zustande 200 RM nicht übersteigen). Da die Führung handelsrechtlicher Bücher und Bilanzaufstellung verhältnismäßig selten ist, können wir sie hier außer Betracht lassen.

Die Einkommensteuerrichtlinien für 1939 haben mit Wirkung ab 1. Jan. 1940 die Buchführungsrichtlinien für die freien Berufe außer Kraft gesetzt. Die Aufstellung neuer Richtlinien ist bis nach Kriegsende zurückgestellt worden. Das bedeutet nun aber nicht, daß der Anwalt nicht mehr verpflichtet wäre, seine Einnahmen und Ausgaben aufzuzeichnen. Diese Verpflichtung besteht vielmehr auf Grund der §§ 160 und 161 RAbgO. bei Reineinkünften über 100000 RM oder Umsatz über 200000 RM oder Betriebsvermögen über 50000 RM. Eine Aufzeichnungspflicht ergibt sich ferner aus § 161 Abs. 1 Ziff. 2 RAbgO. i. Verb. m. § 15 der DurchfBest. zum UmsStG., wonach jeder Umsatzsteuerpflichtige zur Feststellung der Entgelte Aufzeichnungen zu machen hat. Hiernach müssen die Entgelte fortlaufend, mindestens täglich unter Angabe des Tages aufgezeichnet werden. Dringend ist aber zu raten, auch die Ausgaben stets laufend aufzuzeichnen und möglichst die dazugehörigen Belege zu sammeln und aufzubewahren. Pauschsätze für den Abzug von Betriebsausgaben, wie sie früher in den einzelnen Oberfinanzbezirken aufgestellt wurden, gibt es heute im allgemeinen nicht mehr. Bei der Schätzung der Höhe der Ausgaben durch das Finanzamt ergeben sich sonst häufig unerfreuliche Streitigkeiten, bei denen der Steuerpflichtige von vornherein im Nachteil ist.

Mit der Aufhebung der Buchführungsrichtlinien der freien Berufe ist auch die Möglichkeit beseitigt, Gegenstände sofort abzuschreiben, die für längere Zeit beschafft und laufend ergänzt werden, soweit der Anschaffungspreis des einzelnen Gegenstandes 500 RM nicht übersteigt. Man kann also nun erstmals ab 1. Jan. 1940 derartige angeschaffte Wirtschaftsgüter, wie Schreibmaschinen, Regale u. a., nur mit dem der voraussichtlichen Nutzungsdauer entsprechenden Prozentsatz abschreiben, wenn sich die Nutzungsdauer auf mehr als auf ein Jahr erstreckt.

Strittig wird hier häufig, wie der Kraftwagen zu behandeln ist. Obgleich diese Frage im Augenblick nur theoretische Bedeutung hat, da die meisten Anwälte ihre Kraftwagen stillgelegt oder abgegeben haben, sei doch kurz auf die hier auftauchenden Probleme eingegangen. Es sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Dient der Kraftwagen fast ausschließlich beruflichen Zwecken und wird er nur ganz selten auch einmal privat benutzt, so sind die festen Kosten (Abschreibung, Garagenmiete, Fahrergehalt) Betriebsausgaben, der auf die private Nutzung entfallende Anteil der laufenden Ausgaben (Treibstoff, Öl, Reparaturen) ist dagegen nicht abzugsfähig. Diese Fälle werden aber verhältnismäßig selten sein. Meist wird auch eine nicht unerhebliche private Benutzung vorliegen. Dann müssen die festen Kosten und auch die laufenden Aufwendungen entsprechend der betrieblichen und privaten Nutzung verteilt werden. Recht praktisch erweist es sich, dabei folgendermaßen zu verfahren: Anlegung eines Fahrtenbuches, in das sämtliche Fahrten mit Angabe des Zweckes und der Kilometerzahl laufend eingetragen werden. Danach läßt sich dann am Jahresabschluß leicht ermitteln, wieviel die betriebliche und die private Nutzung ausmacht. In dem gleichen Verhältnis, in dem die betriebliche Nutzung zur Gesamtnutzung steht, werden dann die gesamten Kraftfahrzeugkosten, sowohl die festen, als auch die laufenden als Betriebsausgaben behandelt. Zu diesem Zweck muß man natürlich auch die gesamten Belege über die Ausgaben für den Wagen sammeln und aufheben. Man wende nicht ein, daß dies reichlich umständlich sei. Hat man sich erst einmal daran gewöhnt, so macht es überraschend wenig Mühe. Man vermeidet dadurch nachteilige Schätzungen durch das Finanzamt. Die dritte Gruppe umfaßt die Fälle, wo der Kraftwagen hauptsächlich zu Privatzwecken gehalten wird. Hier sind nur die gerade auf die betrieblichen Fahrten entstandenen Aufwendungen Betriebsausgaben. Die Fahrten von der Wohnung zum Büro und umgekehrt mit dem eigenen Wagen sind nur dann als Betriebsausgaben in voller Höhe abzugsfähig, wenn der Kraftwagen bereits zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit ein Bedürfnis ist. Ist das nicht der Fall, so können diese Kosten nur bis zur Höhe der für öffentliche Verkehrsmittel sonst aufzuwendenden Beträge als abzugsfähig behandelt werden (so RFH. v. 9. Nov. 1939, IV 211/34: StW. 1940 Nr. 37). Bei stillgelegten Kraftfahrzeugen werden die Abschreibungen und festen Kosten in demselben Verhältnis weiter als Betriebsausgaben zu behandeln sein, wie dies im letzten Betriebsjahre der Fall war. Die Abschreibungen werden allerdings niedriger bemessen werden müssen, da die Abnutzung durch den Gebrauch fortfällt, jedoch wird der Wagen durch die Stillegung nicht besser, seine Lebensdauer vermindert sich auch hier.

Gewinne aus der Veräußerung von Kraftwagen, die dem Berufe dienten, sind einkommen-

steuerpflichtig. Ist der Kraftwagen von der Wehrmacht übernommen worden, so können Anwälte, die Bücher im Sinne des HGB. führen, den Unterschied zwischen Buchwert und Erlös als steuerfreie Rücklage für Ersatzbeschaffung einstellen, die dann bei Anschaffung eines Ersatzwagens zugunsten der Ersatzbeschaffung aufzulösen ist. Bei anderen Anwälten ist der Gewinn bei der Überlassung des Kraftwagens an die Wehrmacht nach dem Erl. v. 24. Juni 1940 steuerfrei.

Einnahmen aus der Anwaltstätigkeit sind stets schon mit der Vereinnahmung als zugeflossen anzusehen und in diesem Jahre zu versteuern. Das gilt auch für Vorschüsse, soweit sie nicht durchlaufende Gelder darstellen (z. B. Gerichtskostenvorschüsse). Solche Gerichtskostenvorschüsse u. dgl., die der Anwalt von seinem Mandanten erhält und an das Gericht weiterzahlt, sind keine Betriebseinnahmen, wenn sie bei der Weiterzahlung nicht als Ausgaben verrechnet werden. Porto- und Reisekostenersatz, sowie die dem Mandanten gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer sind dagegen als Betriebseinnahmen zu behandeln. Ihnen stehen als Ausgaben die entsprechenden Porto- und Reisekostenspesen sowie Umsatzsteuerzahlungen gegenüber. So RFH.: RStBl. 1933, 477 und 1937, 94. Müssen die Vorschüsse später ganz oder teilweise zurückgezahlt werden, so sind sie im Jahre der Rückzahlung als Betriebsausgaben zu behandeln.

Die Wirtschaftsbeihilfe, die bei Einberufenen zur Weiterführung der Praxis gezahlt wird, ist als Einkommen zu behandeln, während auf der anderen Seite die Aufwendungen, die dem gegenüberstehen, im vollen Umfange Betriebsausgaben darstellen.

Die Aufwendungen für Bücher und Zeitschriften rechnen im allgemeinen zu den laufenden Betriebsausgaben und können abgezogen werden, wenn sie angemessen sind. Wird dagegen auf einmal eine größere Bücherei angeschafft, so darf der Aufwand nur im Wege der Abschreibung für Abnutzung auf die Jahre der voraussichtlichen Nutzungsdauer verteilt werden. Um abzugsfähige Betriebsausgaben handelt es sich auch bei den Beiträgen zur Anwaltskammer und zum NSRB. und bei den Prämien zur Berufshaftpflichtversicherung. Dagegen stellen Beiträge zu beruflichen Versorgungskassen, auch wenn sie zwangsweise geleistet werden, keine Betriebsausgaben dar, sondern sind Sonderausgaben. Ausgaben bei Veranstaltungen der Berufsorganisationen, wie Kameradschaftsabenden, Schulungsabenden, Fachschaftsversammlungen sind keine Betriebsausgaben, sondern nicht abzugsfähige Privatausgaben. Die Abgabe des Mehreinkommens 1939 gegenüber 1938, 1937 oder 1936, die gemäß Anordnung des Präsidenten der Reichs-Rechtsanwaltskammer für den Fonds zur Unterstützung der aus dem Felde zurückkehrenden Berufsgenossen zu zahlen ist, ist erst 1941 zu entrichten, ist also erst 1941 als Betriebsausgabe abzugsfähig. Wenn Anwälte ihr Einkommen nach dem Vermögensvergleich versteuern, können sie aber diese Abgabe bereits als abzugsfähige Schuld in die Bilanz per 31. Dez. 1940 einsetzen.

Die Kosten für Geschäftsreisen sind abzugsfähige Betriebsausgaben. Neben den reinen Fahrkosten sind auch die Kosten für Aufenthalt und Übernachtung abzugsfähig. Soweit diese Abzüge nur in Höhe der Sätze der vergleichbaren Reichsbeamten beansprucht werden, sind sie in voller Höhe abzuziehen. Werden höhere Abzüge geltend gemacht, so müssen sie nachgewiesen, zum mindesten glaubhaft gemacht werden. In diesem Falle ist der Aufwand um die im Haushalt während der Abwesenheit gemachten Ersparnisse zu kürzen. Diese Haushaltsersparnis wird mit 40% des Tagegeldes eines vergleichbaren Reichsbeamten bei Ledigen, mit 20% bei anderen angesetzt. Von der Berücksichtigung der Haushaltsersparnisse soll nach den Einkommensteuerrichtlinien Abstand genommen werden, wenn nicht mehr als fünfzig Reisetage im Jahre in Frage kommen.

Einkommensteuer- und Vermögenssteuer, wie überhaupt die sogenannten Personalsteuern sind nicht abzugsfähig, wohl aber die Umsatzsteuer.

Zu den abzugsfähigen Betriebsausgaben rechnen weiter die Aufwendungen für Büromiete, -heizung, -reinigung und -unterhaltung. Liegt das Büro im eigenen Hause, so kann keine Büromiete abgezogen werden. Diese zu eigenen beruflichen Zwecken genutzten Räume scheiden andererseits bei der Ermittelung des Mietwertes der Wohnung im eigenen Hause, der Einnahme aus Vermietung darstellt, aus. Die auf die beruflich verwendeten Räume entfallenden Hausunkosten sind Betriebsausgaben. Wird ausnahmsweise eine Anwaltspraxis entgeltlich übernommen, so ist der Preis dafür als Geschäftswert zu aktivieren. Im Gegensatz zum Firmenwert können aber davon dann Absetzungen wegen Abnutzung jährlich vorgenommen werden, da der Kreis der Mandanten in erster Linie von der persönlichen Tüchtigkeit abhängig ist und beim Erwerb der Praxis übernommene Beziehungen sich im Laufe der Jahre verhältnismäßig rasch verflüchtigen. Wird für die übernommene Praxis eine Rente gezahlt, so ist diese als Betriebsausgabe voll abzusetzen. Geldgeschäfte des Anwalts und Bürgschaftsübernahmen sind regelmäßig Privatvorgänge. Verluste, die dabei entstehen, sind nicht abzugsfähig (RFH.: RStBl. 1935, 870).

Mitunter kann zweifelhaft sein, ob der Anwalt selbständig oder unselbständig ist, ob er demnach im Wege der Veranlagung zur Einkommensteuer heranzuziehen ist oder der Lohnsteuer unterliegt. Es kann auch zum Teil selbständige Arbeit, zum Teil Angestellteneigenschaft vorliegen z. B. bei Anwälten, die eigene Praxis haben, aber zugleich als Syndikus angestellt sind. Der Vertreter eines Anwalts wird als Angestellter und damit als lohnsteuerpflichtig angesehen, wenn er auch außerhalb der Vertretung sonst Arbeitnehmer ist, also z. B. Assessor oder Referendar im Staatsdienst. Ist der Vertreter aber sonst selbständig tätig, so gilt er auch als Vertreter als selbständig und unterliegt nicht der Lohnsteuer. Wird ein Anwalt zunächst gegen eine feste Vergütung in eine Anwaltsgemeinschaft aufgenommen, so ist im allgemeinen trotzdem kein Angestelltenverhältnis, sondern selbständige Tätigkeit nach RFH.: RStBl. 1935, 1206 anzunehmen.

Anwaltsgemeinschaften sind, wenn es sich um echte Gemeinschaften handelt, als bürgerlichrechtliche Gesellschaften anzusehen. Bei ihnen wird der Gewinn bzw. das Einkommen gem. § 215 RAbgO. einheitlich festgestellt und der einzelne Gesellschafter mit dem ihm danach zukommenden Anteil zur Einkommensteuer veranlagt. Hat der einzelne Gesellschafter besondere Aufwendungen für die Gesellschaft gemacht, so können diese nur bei der einheitlichen Gewinnfeststellung berücksichtigt werden, nicht bei der Veranlagung des Gesellschafters selbst. Man muß also dafür Sorge tragen, daß alles bei der einheitlichen Gewinnfeststellung berücksichtigt wird. Andererseits können Einwendungen gegen die Höhe des Gewinnes nur durch An-

fechtung des einheitlichen Feststellungsbescheides geltend gemacht werden. Reine Bürogemeinschaften, bei denen lediglich die Unkosten gemeinsam getragen werden, sind nicht als Gesellschaften zu behandeln. Hier wird lediglich der einzelne Anwalt ohne einheitliche Gewinnfeststellung veranlagt. Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß Gewinne, die bei der Veräußerung des der Anwaltstätigkeit dienenden Vermögens oder bei Aufgabe der Tätigkeit erzielt werden, einkommensteuerpflichtig sind. Die Versteuerung erfolgt hier nach dem Vorzugstarif des § 34 EinkStG. (10–25%). Dieser Vorzugstarif gilt an sich auch für Einkünfte, die eine Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit darstellen. Das führt aber nicht dazu, diesen Sondertarif auch dann anzuwenden, wenn das Honorar für einen großen Prozeß gezahlt wird, der sich auf mehrere Jahre erstreckt hat. Der Sondertarif kann nur dann zum Zuge kommen, wenn es sich bei der Honorierung um eine klar von der sonstigen Tätigkeit abgegrenzte Sondertätigkeit handelt, die mit der eigentlichen Berufstätigkeit des Anwalts nicht zusammenhängt. Besteht ein beruflicher Zusammenhang, so muß die Sondertätigkeit so geartet gewesen sein, daß die sonstige Berufstätigkeit im wesentlichen nicht ausgeübt wurde. Abgelehnt ist der Sondertarif z. B. bei Vergütung für eine Konkursverwalter- oder Testamentsvollstreckertätigkeit oder Vermögensverwaltung.

Umsatzsteuer

Die Tätigkeit des Anwalts ist eine steuerpflichtige Unternehmertätigkeit im Sinne des UmsStG.

Für die Frage, ob der Anwalt in seiner Betätigung als selbständig oder unselbständig anzusehen ist, gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Einkommensteuer.

Bei **Anwaltsgemeinschaften**, die nach außen erkennbar als solche tätig werden, ist umsatzsteuerpflichtig die Anwaltsgemeinschaft als solche. Daneben kann der einzelne Anwalt mit Entgelten umsatzsteuerpflichtig sein, die er außerhalb der Anwaltsgemeinschaft bezieht. Die Bezüge eines Anwalts aus einer nebenher ausgeübten unselbständigen Tätigkeit sind nicht umsatzsteuerpflichtig, da insoweit keine umsatzsteuerpflichtige Tätigkeit gegeben ist.

Der **Notar** ist Träger eines öffentlichen Amtes und umsatzsteuerfrei, soweit er in Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt, also bei eigentlicher notarieller Tätigkeit. Nach § 80 der DurchfBest. von 1934 zur Umsatzsteuer, der insoweit noch weitergilt, beschränkt sich die Steuerpflicht der Notare auf die Leistungen, die nicht Ausfluß ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit sind. Steuerpflichtig sind daher z. B. die Erteilung von Rat und Auskunft, die Anfertigung von Gutachten, die Entwürfe von Urkunden, die Testamentsvollstreckungen, soweit diese Leistungen nicht ein Teil der Beurkundungstätigkeit der Notare sind. Steuerfrei sind dagegen z. B. Beurkundungen und Beglaubigungen, die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden, die Hinterlegung und Auszahlung von Geldern, die Stellung von Anträgen an Gerichte und andere Behörden auf Grund der von den Notaren selbst vorgenommenen Beurkundungen, die Einlegung von Beschwerden und weiteren Beschwerden in Sachen, in denen die Notare Anträge bei dem Gericht erster Instanz gestellt haben, die Tätigkeit des Notars als Verwahrer von Aktien zur Beteiligung an Generalversammlungen.

Der Vertreter eines Notars ist dagegen mit der Vergütung, die er von diesem erhält, umsatzsteuerpflichtig (so RFH. v. 30. Juli 1937: RStBl. 1937, 1023).

Die Umsatzsteuerpflicht des Anwalts entsteht im allgemeinen mit der Vereinnahmung des Entgeltes. Die Form der Sollbesteuerung — ein bei Anwälten wohl seltener Fall — bleibt hier unerörtert. Für Anwälte enthält § 79 der DurchfBest. zum UmsStG. von 1934 eine Reihe von Sonderbestimmungen, die zwar in die neuen DurchfBest. von 1938 nicht mehr aufgenommen sind, aber nach dem Runderlaß des RFM. v. 20. Jan. 1939 zunächst noch weiter Gültigkeit haben. Danach kann folgendermaßen verfahren werden: Statt der laufend vereinnahmten Entgelte — die aber trotzdem laufend aufzuzeichnen sind — können der Versteuerung die Entgelte zugrunde gelegt werden, die sich aus den Büchern nach der Schlußabrechnung jeder einzelnen Sache ergeben. Wird eine Sache bis zum Schluß des auf ihren Beginn folgenden Kalenderjahres nicht abgerechnet, so ist eine vorläufige Abrechnung bis zum Ende dieses Kalenderjahres und weiter bis zum Ende jeden zweiten Kalenderjahres anzufertigen und der Besteuerung zugrunde zu legen. Im allgemeinen ist dieses Verfahren aber unpraktisch, da es von dem Verfahren bei der Einkommensteuer abweicht und unfruchtbare Mehrarbeit verursacht. Macht der Anwalt von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so darf er die Kostenvorschüsse erst mit der Erledigung des Auftrages oder mit der Abrechnung der Sache versteuern, wenn die Kostenvorschüsse als solche besonders verbucht und behandelt (z. B. auf ein besonderes Bankkonto eingezahlt) werden. Diese Behandlung der Kostenvorschüsse weicht gleichfalls von der einkommensteuerlichen Behandlung ab und ist wenig praktisch. Notare, die gleichzeitig Anwälte sind, können entsprechend verfahren, wenn sie in ihren Büchern und in ihren Voranmeldungen und Steuererklärungen die Entgelte aus anwaltlicher und notarieller Tätigkeit getrennt aufführen (§ 80 Abs. 3 der DurchfBest. von 1934).

Steuerpflichtig ist grundsätzlich das gesamte empfangene Entgelt, nicht also lediglich das Entgelt nach Abzug der Unkosten. Abgesetzt werden können grundsätzlich nur die durchlaufenden Posten. Darunter versteht man die Beträge, die in fremdem Namen vereinnahmt und verausgabt werden. Solche durchlaufenden Posten sind beim Anwalt z. B. Zahlungen des Mandanten, um davon Gerichtskosten oder Gerichtskostenvorschüsse, Gerichtsvollziehergebühren, Urkundensteuer u. dgl. zu begleichen. Hier ist der Kostenschuldner der Mandant, der Anwalt lediglich Übermittler des Geldes. Durchlaufende Posten liegen auch vor, wenn der Anwalt Gelder, die für seinen Mandanten bestimmt sind, annimmt und weitergibt. Nicht um durchlaufende Posten handelt es sich aber stets dann, wenn der Anwalt selbst im eigenen Namen Verpflichtungen eingeht und bezahlt, um seinen Auftrag durchzuführen. Fernsprechgebühren, Reisekosten und Briefporto sind also keine durchlaufenden Posten. Vergütet der Mandant oder Gegner dem Anwalt solche Ausgaben, so ist diese Vergütung beim Anwalt umsatzsteuerpflichtige Einnahme. Da es sehr umständlich ist, die kleinen Beträge an durchlaufenden Posten, insbesondere der Zustellungs- und Stempelkosten zu erfassen, dürfen Anwälte ohne Buchnachweis statt des Einzelansatzes dieser Posten 5% der gesamten vereinnahmten Beträge nach Abzug der anderen Beträge an durchlaufenden Posten, wie der Streit- oder Vergleichssummen, der Hypothekengelder, wohl auch Gerichtskosten, pauschal abziehen. So bestimmt es des vorläufig noch weitergeltenden § 79

Abs. 3 der DurchfBest. von 1934. Dieser Pauschalabzug darf auch dann erfolgen, wenn im Einzelfall die kleineren durchlaufenden Posten erheblich unter 5% der vereinnahmten Beträge bleiben (so RFH. v. 5. Dez. 1933: RStBl. 1934, 526).

Notare, die die Entgelte für steuerpflichtige Leistungen nicht getrennt von den durchlaufenden Posten und den Entgelten für steuerfreie notarielle Tätigkeit aufzeichnen, können einen Pauschalbetrag von 15% der Entgelte aus der gesamten notariellen Tätigkeit ohne die durchlaufenden Posten versteuern. Diese Pauschalversteuerung ist auch für Anwaltsnotare möglich, wenn sie in ihren Büchern und in den Voranmeldungen und Steuererklärungen die Entgelte aus anwaltlicher und notarieller Tätigkeit getrennt aufführen.

Anwälte, die gleichzeitig schriftstellerisch tätig sind, können unter Umständen von den Steuervergünstigungen des § 4 Ziff. 13 UmsStG. Gebrauch machen. Danach sind die Umsätze aus schriftstellerischer Tätigkeit steuerfrei, wenn der Gesamtumsatz des Anwaltes im Kalenderjahr 6000 RM nicht übersteigt. Als Gesamtumsatz gelten dabei die gesamten steuerbaren Umsätze, mögen sie auch im Einzelfall kraft besonderer Bestimmung steuerfrei sein, einschließlich des Eigenverbrauches, jedoch mit Ausnahme der Umsätze, die nach § 4 Ziff. 8—10 UmsStG. steuerfrei sind (Kreditgewährungen, Umsätze von Geldforderungen, Umsätze, die unter Grunderwerbsteuer-, Beförderungssteuer-, Rennwettsteuer-, Versicherungssteuer-, Kapitalverkehrsteuer- und Aufsichtsratssteuergesetz fallen, Verpachtung und Vermietung von Grundstücken und mit Ausnahme der Geschäftsveräußerung). Bei einem Anwalt, der an einer Anwaltsgemeinschaft beteiligt ist, gelten die anteiligen Umsätze der Anwaltsgemeinschaft nicht als sein Umsatz, da die Anwaltsgemeinschaft, wenn sie als solche umsatzsteuerpflichtig ist, ein anderes Steuersubjekt darstellt (s. RFH.: RStBl. 1931, 470).

Betont sei schließlich noch, daß auch Umsätze aus sogenannten Hilfsgeschäften steuerpflichtig sind. Es ist also auch Umsatzsteuer zu entrichten, wenn ein Anwalt einen Büroschrank veräußert oder eine Schreibmaschine oder Altpapier. Dies wird vielfach übersehen. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Veräußerung eines Kraftwagens umsatzsteuerpflichtig, der der Berufsausübung diente.

Nicht umsatzsteuerpflichtig ist dagegen die Wirtschaftsbeihilfe.

Eine offene Überwälzung der Umsatzsteuer auf den Schuldner ist nur zulässig, wenn gesetzlich bemessene Gebühren angesetzt werden (§ 10 UmsStG.). Die Umsatzsteuer darf also nur dann gesondert in Rechnung gestellt werden, wenn die Kostenrechnungen auf Grund der Gebührenordnungen aufgemacht sind. Bei frei vereinbarten Gebühren darf eine gesonderte Berechnung der Umsatzsteuer nicht erfolgen. Dies wird in der Praxis häufiger übersehen.

Blick in die Zeit

Aus dem Generalgouvernement

1. Parole 1941

Generalgouverneur Dr. Frank gab für das Arbeitsjahr 1941 die Parole bekannt: Es sollen die Weichselregulierung, Meliorationsarbeiten, die Flurbereinigung und der Wohnungs- und Straßenbau energisch in Angriff genommen werden.

2. Einführung einer Arbeitskarte

Generalgouverneur Dr. Frank hat eine am 15. Jan. 1941 in Kraft getretene VO. über die Einführung einer Arbeitskarte im Generalgouvernement erlassen, um eine zweckentsprechende Verteilung der Arbeitskräfte im Generalgouvernement zu gewährleisten. Arbeiter und Angestellte, die Inhaber einer Arbeitskarte sein müssen, dürfen nur noch beschäftigt werden und sich beschäftigen lassen, wenn sie im Besitz einer vom Kreis- bzw. Stadthauptmann ausgestellten Arbeitskarte sind. Inhaber einer Arbeitskarte müssen Arbeiter und Angestellte einschließlich der Lehrlinge, Praktikanten und Volontäre sein, die ihren Wohnsitz im Generalgouvernement haben. Das gilt nicht für aus dem Reichsgebiet abgeordnete oder von dort neu eingestellte Deutsche, die im Besitz eines Arbeitsbuches sind, sowie für Personen, die nur gelegentlich oder kurzfristig beschäftigt werden, ohne sonst berufsmäßig Lohnarbeit zu verrichten. Juden erhalten keine Arbeitskarte.

3. Vereinheitlichtes Vermessungswesen

Durch eine VO. des Generalgouverneurs ist das Vermessungswesen im Generalgouvernement neu geregelt worden. Dadurch wird bestimmt, daß alle amtlichen Stellen und alle im Vermessungswesen tätigen Personen in Vermessungsangelegenheiten den Weisungen der Regierung des Generalgouvernements Folge zu leisten haben, alle in Aussicht genommenen Triangulierungen und Polygonisierungen vor Beginn der Arbeiten dem Distriktchef und alle Neuvermessungen, die mehr als 10 ha umfassen, der Regierung des Generalgouvernements anzuzeigen sind. Bei den vier Distriktchefs werden sogenannte Plankammern eingerichtet, in denen alle wichtigen Karten, Pläne und Akten zu sammeln sind.

4. Pflichteinstellung Schwerbeschädigter

Eine neue VO. des Generalgouverneurs bestimmt, daß jeder Arbeitgeber, der über 20 bis 50 Arbeitsplätze verfügt, mindestens einen Schwerbeschädigten zu beschäftigen hat. Diese Zahl erhöht sich bei je weiteren 50 Arbeitsplätzen um einen Schwerbeschädigten.

5. Errichtung eines Wohnbaufonds

Durch VO. des Generalgouverneurs v. 19. Dez. 1940 wurde zur Förderung der Schaffung von Wohnstätten für die im Generalgouvernement tätigen Deutschen als Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Wohnbaufonds des Generalgouverneurs errichtet. Seine Verwaltung wurde dem Leiter der Abteilung Arbeit in der Regierung des Generalgouvernements übertragen.

6. Höchstzinssätze für Einlagen bei Kreditinstituten

Durch Anordnung des Leiters der Bankaufsichtsstelle für das Generalgouvernement wurde mit Wirkung vom 1. Jan. 1941 durch die Vorschreibung von Höchstzinssätzen die Verzinsung der Einlagen bei Kreditinstituten neu eingeführt. Danach werden täglich fällige Gelder auf 1%, Kündigungsgelder je nach der Kündigungsfrist mit $1\frac{1}{2}$% bis 3%, feste Gelder je nach der Laufzeit mit $1\frac{1}{4}$ bis $2\frac{3}{4}$% und Einlagen auf Einlagenbuch sowie Spareinlagen auf Sparkassenbuch je nach der Kündigungsfrist mit 2 bis 3% jährlich verzinst.

Aus Norwegen

1. Neue Kommunal-Gesetze

Das Innendepartement hat eine größtenteils am 1. Jan. 1941 in Kraft getretene VO. über die neue Kommunalverwaltung erlassen, die nach folgenden Grundsätzen aufgebaut wird. Die kommunale Selbstverwaltung wird beibehalten, das Verantwortungsprinzip wird durchgeführt, die Leitung der Gemeinden hat aktiv und

positiv für die Durchführung der Richtlinien der neuen Zeit und der Nasjonal Samling zu sorgen, und die arbeitende Bevölkerung soll auf breiter Basis zur Verwaltung der Gemeinden herangezogen werden, wobei die wichtigsten Gewerbe der Distrikte vertreten sein sollen. Im Hinblick auf die Reichseinheit soll ferner eine stärkere Staatskontrolle durch Stärkung der Stellung der Fylkes-Männer als Organ der Regierungsmacht durchgeführt werden. Mit dem Inkrafttreten der neuen Kommunalgesetze wird die Gemeindeverwaltung in Norwegen auf autoritärer Basis geregelt. Aus der neuen VO. geht aber hervor, daß die jetzige Regelung nur vorläufigen Charakter hat und nur einen Übergang bilden soll, bis die verschiedenen Gewerbeverbände voll ausgebaut sind und die Verordneten dann aus diesen Verbänden hervorgehen können.

2. Neuordnung des Filmwesens

Im Departement für Kultur und Volksaufklärung wurde unter Leitung eines Filmdirektors ein Filmdirektorat geschaffen. Das Filmdirektorat ist von nun an die einzige für alle Filmfragen zuständige Stelle.

Der Auftrag für den Filmdirektor besteht darin, das gesamte norwegische Filmwesen, angefangen von den Lichtspieltheatern bis zur Produktion sowie den Im- und Export, den gegebenen neuen Verhältnissen entsprechend umzugestalten bzw. neu aufzubauen.

Aus den Niederlanden

1. Übertragung des Gnadenrechts des Führers auf den Reichskommissar

Bekanntlich hat der Führer durch Erlaß die Ausübung des Niederschlagungsrechts sowie die Befugnis zu Gnadenerweisen und ablehnenden Entschließungen in Gnadensachen mit dem Recht der Weiterübertragung dem Reichskommissar für die besetzten niederländischen Gebiete übertragen. In einer VO. zu diesem Führererlaß behält sich der Reichskommissar nun die Entschließung über die Ausübung des Gnadenrechts in allen zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte in den besetzten niederländischen Gebieten gehörenden Sachen, sowie in allen übrigen Sachen, in denen niederländische Gerichte auf eine drei Monate übersteigende Freiheitsstrafe oder auf eine höhere Geldstrafe als 1000 Gulden erkannt haben, vor.

Im übrigen überträgt der Reichskommissar die Ausübung des Gnadenrechts in den zur Zuständigkeit der niederländischen Gerichte gehörenden Strafsachen dem Generalsekretär im Ministerium für Justiz, soweit der Reichskommissar nicht im Einzelfall sich die Entscheidung vorbehält.

Die Neuerung für Holland besteht in dem bisher dort unbekannten Niederschlagungsrecht, wonach aus besonderen staatlichen Interessen von einer Strafverfolgung abgesehen werden kann. Während in Holland das Gnadenrecht bisher einen Teil der Strafrechtspflege bildete, ist nach deutscher Auffassung das Begnadigungsrecht ein absolutes Hoheitsrecht des Staatsoberhauptes.

Durch den Erlaß des Führers bleibt die Gnadenpraxis der Kriegsgerichte sowie der SS-Gerichte unberührt.

2. Planung im Baugewerbe

Die Befugnisse des Generalbevollmächtigten für den Wiederaufbau, Dr. Ringers (s. DR. 1940, 1939), sind durch eine VO. der niederländischen Generalsekretäre erheblich erweitert worden; er ist nunmehr auch mit der allgemeinen Leitung der gesamten Bauwirtschaft betraut und führt dementsprechend neben der bisherigen Dienstbezeichnung auch die Dienstbezeichnung „Generalbevollmächtigter für die Bauwirtschaft in den besetzten niederländischen Gebieten“.

Aus Belgien

1. Ansteigen der Steuereinnahmen

In Belgien sind vom September auf Oktober die Steuereinnahmen sprungartig angestiegen; sie erhöhen sich auf 951 Mill. bfr. im September 1940 gegen 605 Mill. bfr. im Vormonat. Ihren Tiefstand hatten die Eingänge im Juni mit 204 Mill. bfr.

2. Verrechnungsverkehr mit Ungarn

Zu den bisher bestehenden Verrechnungsabkommen mit verschiedenen europäischen Ländern (s. DR. 1941, 180; 1940, 2154, 1876, 1821) trat nunmehr auch die Neuregelung des Zahlungsverkehrs mit Ungarn, der sich künftig gleichfalls durch Vermittlung der Deutschen Verrechnungskammer in Berlin abwickeln wird. Hierdurch wurde das belgisch-ungarische Zahlungsabkommen von 1936 mit sofortiger Wirkung außer Kraft gesetzt.

3. Anhaltender Rückgang der Arbeitslosigkeit

Die Arbeitslosenziffer hatte auch in der Woche v. 16. zum 21. Dez. 1940 einen neuen Rückgang zu verzeichnen (s. DR. 1941, 180). Mit 199881 gegenüber 208609 Arbeitslosen am 16. Dez. wurde die 200000-Grenze unterschritten. Der Rückgang beläuft sich auf 8728 Arbeitslose, d. s. 4,18%. Da nach dem 15. Dez. keine belgischen Arbeiter mehr nach Deutschland abgereist sind, ist der Rückgang der Arbeitslosenziffer ausschließlich auf den Einsatz innerhalb des Landes zurückzuführen.

Aus Luxemburg

1. Regelung der kirchenpolitischen Verhältnisse

Durch drei VO. des CdZ. v. 9. Dez. 1940 wurde über die Rechtslage im Reich hinaus eine Klärung der kirchenpolitischen Verhältnisse vorgenommen. Sie besteht insbesondere darin, daß die Religionsgesellschaften in Luxemburg keine Kirchensteuern und sonstigen öffentlich-rechtlichen Abgaben erheben dürfen, sondern lediglich Beiträge, deren Beitreibung allein im öffentlichen Rechtsweg zulässig ist. Damit ist auf diesem Gebiet die Trennung zwischen Kirche und Staat eindeutig durchgeführt. Im Zusammenhang damit ist die Möglichkeit des Austritts aus Religionsgesellschaften für Personen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, geschaffen worden, die es bisher in Luxemburg nicht gab. Zur Wahrung der Bekenntnisfreiheit ist jede öffentliche Bekanntgabe des Austritts verboten.

2. Arbeitszeitordnung und Reichsleistungsgesetz

Durch VO. des CdZ. v. 13. Dez. 1940 wurde für seinen Bereich eine Arbeitszeitordnung eingeführt. Gleichzeitig wurde in weiterer Angleichung der Verhältnisse Luxemburgs an diejenigen des Reiches das ReichsleistungsG. v. 1. Sept. 1939 mit DurchfVO. und Bekanntmachungen eingeführt.

3. Verbot des Schächtens

Nach einer VO. des CdZ. sind warmblütige Tiere beim Schlachten vor Beginn der Blutentziehung zu betäuben. Vorsätzliche oder fahrlässige Übertretung der Vorschrift wird bestraft.

Aus dem Elsaß

1. Einführung des Arbeitsbuches

Auch im Elsaß wurde nunmehr ebenso wie bereits in Lothringen das Arbeitsbuch eingeführt.

2. Preisauszeichnungspflicht

Durch Anordnung des CdZ. wurde eine zusammenfassende Regelung der Preisauszeichnungspflicht erlassen.

3. Arbeitseinsatzverwaltung

Im Elsaß ist im Einvernehmen mit dem Reichsarbeitsminister die Arbeitseinsatzverwaltung eingeführt worden. Sie wird nach den Grundsätzen des Reiches aufgebaut. Beauftragt wurde der Präsident des Landesarbeitsamtes Südwestdeutschland.

(Abgeschlossen am 15. Januar 1941.)

Rechtspolitik und Praxis

Sind die Raumnutzungsrechte des Mieters mit Zustimmung des Vermieters pfändbar?

Kürzlich hat Roquette die Frage eingehend untersucht, ob das Mietaufhebungsbegehren des Vermieters abtretbar und damit (vgl. § 851 ZPO.) pfändbar ist und ist mit überzeugenden Gründen, ausgehend vom Gedanken des Mieterschutzes, zur Verneinung der Frage gekommen (DR. 1940, 1990 ff.).

Von großer praktischer Bedeutung ist auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Pfändung der Raumnutzungsrechte des Mieters oder Pächters von Wohn- oder Gewerberäumen möglich ist. Allein der Hinweis auf den Wohnungsmangel dürfte als Beweis für die praktische Bedeutung genügen.

Als feststehend kann gelten, daß eine solche Pfändung ohne Zustimmung des Vermieters nicht möglich ist und daß deren nachträgliche Erteilung nicht genügt; wenn der Mietvertrag ausnahmsweise eine Gebrauchsüberlassung durch den Mieter an Dritte gestattet, bedarf es einer besonderen Zustimmung des Vermieters nicht mehr.

So sagt Ebel („MietSchG.", 8. Aufl., S. 58), eine Abtretung der Raumnutzungsrechte sei nur mit Zustimmung des Vermieters zulässig. Im gleichen Sinne äußert sich Staudinger (9. Aufl., § 399 Anm. I 1 a; 10. Aufl., § 549 Anm. 44) und der RGRKomm. (8. Aufl., § 399 Anm. 2 und § 549 Anm. 1) zur Frage der Pfändbarkeit. Auch Ebels Stellungnahme gilt gleichermaßen (wegen § 851 ZPO.) für die Pfändbarkeit. Diese Ansicht wird offenbar auch von Roquette („Mietrecht" S. 157 f.) geteilt, obwohl er ausführt, die Raumnutzungsrechte seien unabtretbar; denn seinen Darlegungen ist zu entnehmen, daß auch er zu diesem Ergebnis nur kommt, weil dem Vermieter nicht gegen seinen Willen ein anderer Vertragspartner aufgezwungen werden darf. Die obenstehende Auffassung, welche der Kommentar von Palandt (§ 549 Anm. 9) danach mit Recht als h. M. bezeichnet und auch seinerseits teilt, geht zurück auf die aus dem Jahre 1905 stammenden Untersuchungen von Paech (Arch. f. bgl. Recht 26, 7 ff.).

Lediglich Jonas (16. Aufl., § 857 ZPO., Anm. II 4) vertritt einen etwas abweichenden und der Interessenlage gerechter werdenden Standpunkt. Er will Pfändbarkeit nur dann zulassen, wenn bereits nach dem Mietvertrage die Überlassung der Mietsache an Dritte statthaft ist; dies gelte auch für den Vermieter als Gläubiger, da dessen „Erlaubnis" (zur Gebrauchsüberlassung) vom Schuldner = Mieter weder verlangt noch angenommen sei (ebenso KG.: OLG. 19, 22).

In der Tat zeigt gerade der Fall einer Pfändung durch den Vermieter als Gläubiger die Unhaltbarkeit der h. M. Zu diesem Fall hatte Paech ausgeführt, daß eine solche Pfändung nur dann unzulässig sei, wenn die Überlassung des Gebrauchs der Mietsache an Dritte ausnahmsweise vertraglich ausgeschlossen ist (weil dann die in der Pfändung selbst liegende Zustimmung des Vermieters nicht ausreicht, sondern Vertragsänderung nötig ist).

Hätte die h. M. recht, so wäre es jedem Vermieter ein leichtes, mit Hilfe eines Vollstreckungstitels die Raumnutzungsrechte des Mieters zu pfänden und sich zur Einziehung überweisen zu lassen und auf diese Weise den Mieterschutz zu umgehen. Denn dieser gilt ja an sich nur im Rahmen des im MietSchG. vorgesehenen Verfahrens vor den Mietegerichten.

Mit Recht sagt aber Ebel, der Mieterschutz „bezweckt in erster Linie den Schutz des Mieters vor einer Beendigung des Mietvertrages gegen seinen Willen" (a. a. O., § 1 Anm. 4). Nun könnte man gewiß auch bei grundsätzlicher Anerkennung der h. M., etwa in Anlehnung an Jonas, einer Pfändung des Vermieters selbst mit der Begründung entgegentreten, sein Verhalten sei eine Umgehung des dem Mieter gerade ihm gegenüber gewährten Mieterschutzes und darum unzulässig, zumal § 49 MietSchG. bestimmt, daß der Schutz unverzichtbar ist und auch Umgehungsverträgen gegenüber gilt.

Damit ist aber die Frage nicht erschöpft, denn auch die Stellungnahme von Jonas erweist sich als zu eng. Wenn ein anderer Gläubiger des Mieters dessen Raumnutzungsrechte mit (der nach § 549 BGB. sicher notwendigen) Zustimmung des Vermieters mit Hilfe einer Pfändung an sich bringen könnte, würde jeder dieser Gläubiger sich in den Besitz der Wohnung seines Schuldners gegen dessen Willen setzen können. Gerade dieses Ergebnis, nämlich ein Herausdrängen des Mieters aus seiner Wohnung ohne Vorliegen der engumrissenen Gründe der §§ 2 ff. MietSchG., will der Gesetzgeber aber nicht. Allerdings hat er dem Mieter den Schutz ausdrücklich nur gegenüber dem Vermieter gewährt. Jedoch ist das selbstverständlich, denn ein Versuch anderer Personen, mit rechtlichen Mitteln den Schuldner um seine Wohnung zu bringen, ist gegenüber dem geregelten Falle eine seltene Ausnahme. Jedes Gesetz stellt aber eine Generalentscheidung dar, so daß bei Ausnahmefällen zu prüfen ist, ob auch auf sie der Sinn des Gesetzes zutrifft. Beim Mieterschutz kann nun aber kein Zweifel bestehen, daß er in jeder Beziehung umfassend sein muß, wie auch schon — wenn auch in anderer Richtung — der oben angeführte § 49 MietSchG. ergibt. Hierfür spricht vor allem auch der von Roquette („Rechtsgrundlagen der Wohnungsmiete", Nr. 6 der Schriftenreihe der JW., S. 69 ff.) entwickelte Gedankengang vom Bestandschutz der Wohnung. Soweit der Mieterschutz reicht, ist daher eine Pfändung der Raumnutzungsrechte des Mieters oder Pächters unzulässig, gleichviel ob diese mit oder ohne Zustimmung des Vermieters (im letzteren Falle liegt entgegen der h. M. nur ein weiterer Grund für die Unzulässigkeit vor) und ob sie durch den Vermieter oder einen anderen Gläubiger erfolgt.

Für den hier vertretenen Standpunkt spricht außer dem Grundgedanken des Mieterschutzes auch bis zu einem gewissen Grade § 3 Satz 2 der 2. AusfVO. zur KündSchVO. v. 31. Aug. 1938 (RGBl. I, 1070), da dort bei der Frage der Zulässigkeit von Abtretungen sowohl das Erfordernis der Zustimmung des Vermieters als auch daneben Gesichtspunkte des Mieterschutzes selbst erwähnt sind.

Praktisch ist daher eine Pfändung der Raumnutzungsrechte von Mietern oder Pächtern von Wohn- oder Gewerberäumen durchweg ausgeschlossen, da seit der Gesetzgebung vom September 1939 ein nahezu totaler Mieterschutz gewährt wird. Betreffen die gepfändeten Nutzungsrechte gewerblich genutzte unbebaute Grundstücke, so ist die Pfändung ebenfalls unzulässig, da auch insoweit jetzt Mieterschutz besteht (§ 2 der 5. AusfVO. zur KündSchVO. v. 14. Aug. 1940 [RGBl. I, 1104]).

AGR. Dr. Middel, Hamburg.

Ausschluß des Rückbehaltungsrechts bei Vermietung von Schiffen

Eine notwendige Ergänzung von § 556 Abs. 2 BGB.

Die DurchfVO. v. 21. Dez. 1940 (RGBl. I, 1609 ff.) zum Gesetz v. 15. Nov. 1940 über Rechte an eingetragenen Schiffen mit ihren zahlreichen Abänderungen des BGB. legt den Gedanken einer notwendigen Ergänzung des § 556 Abs. 2 BGB. nahe, für die ein praktisches Bedürfnis auch schon früher wiederholt hervorgetreten ist. Nach dieser Bestimmung steht dem Mieter eines Grundstücks wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Der Mieter kann also mit seinen Ansprüchen, insbesondere solchen wegen Verwendungen, zwar gegen den Mietanspruch des Vermieters aufrechnen, nicht aber am Ende der Mietzeit die Rückgabe bzw. Räumung der gemieteten Wohn- oder Geschäftsräume wegen seiner über die Miete hinausgehenden Gegenansprüche verweigern. Der Vermieter hat es also im Gegensatz zu anderen Gläubigern nicht nötig, das Rückbehaltungsrecht durch Sicherheit gemäß § 273 Abs. 3 BGB. abzuwenden, was namentlich für kapitalschwache Vermieter von erheblicher Bedeutung ist.

Die Gründe, die zu dieser Regelung geführt haben

(Prot. II, 189), dürften aber auch bei der Vermietung von Schiffen, wie sie namentlich im Binnenschiffahrtsverkehr nicht selten ist, ebenfalls zutreffen. Ist es doch ein unleidlicher Zustand, wenn ein kleiner kapitalschwacher Kahnschiffer oder dessen Witwe, die ihren Kahn umständehalber vermietet haben, vom Mieter wegen dessen angeblicher Gegenansprüche nicht nur keine Miete bekommen, sondern auch auf Rückgabe ihres Schiffes so lange warten müssen, bis in zwei oder drei Instanzen festgestellt ist, daß dem Mieter über die Miete hinausgehende Gegenansprüche nicht zustehen.

Gewiß gefährdet ein Ausschluß des Rückbehaltungsrechts die Rechte des Mieters dann, wenn dessen Gegenansprüche berechtigt sind. Es ist aber zu bedenken, daß er sein Aufrechnungsrecht gegenüber der Miete behält. Auch dürfte derjenige, der auf die Mietsache mehr verwendet, als er durch Einbehaltung der Miete wieder bekommen kann, auf eigene Gefahr handeln. Außerdem hat er die Möglichkeit, sich durch arrestweise Zwangshypothek zu sichern (vgl. die neuen §§ 870a und 931 ZPO., die durch Art. V Ziff. 15 u. 18 der VO. v. 21. Dez. 1940 geschaffen sind).

Wenn die Verfasser des durch die zweite Kommission eingefügten Abs. 2 des § 556 BGB. diesen nicht auf Schiffsmiete ausgedehnt haben, so mag das daran gelegen haben, daß diese, im Gegensatz zur Vollcharter, erst später ihre heutige Bedeutung erlangt hat, wenn nicht die gänzliche Nichterwähnung der Schiffsmiete in den Materialien zu § 556 BGB. sogar dafür spricht, daß diese den Verfassern des BGB. vergleichsweise fernlag oder sie davon ausgingen, daß sie im HGB. bzw. BinnSchiffG. zu regeln sei. Das ist aber betreffend des Rückbehaltungsrecht nicht geschehen und geschieht am einfachsten durch einen Zusatz zu § 556 Abs. 2 BGB.

Eine Ausdehnung des Verbots des Rückbehaltungsrechts auf die Vollcharter dürfte wegen deren ganz anderer rechtlicher und wirtschaftlicher Natur m. E. nicht in Betracht kommen.

Auch für eine Ausdehnung auf Miete nichteingetragener Schiffe dürfte kein ausreichendes wirtschaftliches Bedürfnis bestehen. Solche Miete ist zwar sehr häufig. Aber derjenige, der eine Schute oder ein Ruderboot vermietet, pflegt in dem einzelnen Fahrzeug nicht in der Weise seine Existenzgrundlage zu haben, wie ein kranker Kahnschiffer, der seinen „Oberländer Kahn" vermietet und ihn nach Ablauf der Mietezeit wegen angeblicher Gegenansprüche nicht zurückbekommen kann.

Daher wird es genügen, wenn in § 556 Abs. 2 BGB. hinter dem Worte „Grundstücks" eingefügt wird: „oder eines im Schiffsregister eingetragenen Schiffes".

LGDir. Dr. Ernst Krönig, Hamburg.

Zur Wiederaufnahme im Strafprozeß

Die Ausführungen von Moritz unter der Überschrift: „Ein verbesserungsbedürftiger Rechtszustand auf dem Gebiet des Strafprozeß- und des Dienststrafrechts" (DR. 1940, 1932) dürften die derzeitige Rechtslage im Ergebnis zutreffend wiedergeben.

Bei der weiten Auslegung, die das Verbot des § 13 Abs. 2 RDStO. in der Rechtsprechung und im Schrifttum (vgl. insbesondere Brand: „Die Reichsdienststrafordnung" S. 188 ff.) findet, könnte in der Tat ein Dienststrafverfahren im vorliegenden Falle wohl höchstens damit begründet werden, daß B. in seinem Verhalten zu seiner Hausangestellten — von geschlechtlichen Beziehungen abgesehen — nicht zurückhaltend genug gewesen sei und in der Strafuntersuchung gegen ihn und die D. überhaupt mit der D. wegen ihrer Aussage in Verbindung getreten ist. Ob diese Umstände eine Dienstentlassung rechtfertigen könnten, erscheint natürlich äußerst zweifelhaft.

Die allgemeine Neugestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens im Strafprozeß erscheint um so dringender, als sie auf einem Teilgebiet bereits voranschreitend verwirklicht ist.

Der lediglich für das Verfahren vor den Wehrmachtsgerichten im Kriege geltende § 91 KrStrafverfO. vom 17. Aug. 1938 (RGBl. 1939 I, 1457) läßt, wie in Ziff. 1 zugunsten des Verurteilten, ein Wiederaufnahmeverfahren auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel nach Ziff. 2 auch zu dem Zwecke zu, die Bestrafung eines Freigesprochenen (oder wesentlich schwerere Bestrafung eines Verurteilten) herbeizuführen. Für den militärischen Strafprozeß ist damit der Zwiespalt beseitigt, den § 362 StPO. und § 359 Ziff. 5 StPO. für das bürgerliche Strafverfahren festgelegt haben. Es ist zu bedauern, daß auch die VO. v. 21. Febr. 1940 (RGBl. I, 405) hier keine Lösung versucht, vielmehr sogar in § 26 auch für die Wiederaufnahme im Sondergerichtsverfahren an einer Erleichterung der Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten festgehalten hat.

Schließlich könnte zwecks Beseitigung eines als unrichtig erkannten rechtskräftigen Urteils an den „Außerordentlichen Einspruch" nach Art. II des Gesetzes vom 16. Sept. 1939 (RGBl. I, 1841) und die „Nichtigkeitsbeschwerde" nach Art. V der bereits erwähnten VO. vom 21. Febr. 1940 gedacht werden. Beide Rechtsbehelfe sind ebensowohl zugunsten wie zuungunsten des Angeklagten anwendbar. Ihre praktische Bedeutung wird jedoch — abgesehen von der Voraussetzung eines Fehlers bei der Rechtsanwendung für die Nichtigkeitsbeschwerde — für den vorliegenden Fall schon dadurch aufgehoben, daß sie an eine Ausschlußfrist von einem Jahre seit Rechtskraft des früheren Urteils gebunden sind. Da Fälle, wie der vorliegende, in dem sich die Beweise für die Unrichtigkeit der getroffenen Entscheidung anscheinend erst nach Jahr und Tag greifbar verdichtet haben, nicht selten sein dürften, ist das Bedürfnis nach der Neugestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens nicht geringer geworden.

OStA. Dr. Hennerici, Breslau.

Mitteilungen

Zuteilung von Lehrlingen für die Ausbildung in einem Anwaltsbüro

1. Zuteilung von Lehrlingen für aus der Wehrmacht zurückkehrende Rechtsanwälte

In Ergänzung des im DR. 1941, 143 veröffentlichten Runderlasses — Va 5263 — des RArbM. wird noch darauf hingewiesen, daß die Reichsgruppe Rechtsanwälte zur Unterstützung des Wiederaufbaus der Praxis von aus der Wehrmacht entlassenen Rechtsanwälten auch wegen der Zuteilung von Lehrlingen für Anwaltsbüros bei den zuständigen Stellen vorstellig geworden ist. Es waren nämlich Schwierigkeiten entstanden, weil die Anmeldung von Lehrstellen beim Arbeitsamt ganz allgemein auf den 1. Okt. 1940 für die Ostereinstellung festgesetzt worden war (Runderlaß des Reichsarbeitsministeriums v. 2. Aug. 1940, Va 6416/138). Die Zunahme an Lehrstellenmeldungen hat diesen frühen Meldetermin für die Arbeitsämter erforderlich gemacht, um die Planung und gerechte Verteilung des Nachwuchses auf alle Berufe durchführen zu können.

Das Arbeitsministerium hat nunmehr auf entsprechende Vorstellung mitgeteilt, daß die Arbeitsämter in Durchführung des erwähnten im Einvernehmen mit der Reichswirtschaftskammer herausgegebenen Runderlasses vom 2. Aug. 1940 — der in der Praxis auch auf die Anwaltschaft angewendet wird — angewiesen worden sind, auf besondere Umstände, die durch die Kriegsverhältnisse begründet sind, Rücksicht zu nehmen. Danach ist die Lehrstellenmeldung von seiten der inzwischen aus dem Wehrdienst entlassenen Anwälte auch nach dem 1. Okt. 1940 möglich und findet bei der Erteilung der Zuziehung und Vermittlung Berücksichtigung, soweit Nachwuchs für die Besetzung der Lehrstellen zur Verfügung steht.

2. Inhalt von Lehrlingsverträgen

Von der Reichsgruppe Rechtsanwälte ist weiterhin versucht worden, unter Bezugnahme des Runderlasses des

Reichsarbeitsministeriums Va 5263 dem Anwalt sein Hilfspersonal zu erhalten. Das Reichsarbeitsministerium ist davon überzeugt worden, daß dringende Maßnahmen notwendig sind, um zu verhindern, daß die ausgebildeten Lehrlinge in neue Berufe abwandern. Aus grundsätzlichen Erwägungen jedoch hält das Reichsarbeitsministerium es nicht für zweckdienlich, diese Frage in der Weise zu lösen, daß dem einzelnen Lehrvertrag eine zwingende Weiterbeschäftigungsklausel für die Zeit nach Beendigung der Lehre beigefügt wird. Das Reichsarbeitsministerium äußert sich aber auf entsprechende Rückfrage wie folgt:

„In dem für Rechtsanwalts- und Notariatslehrlinge zur Zeit geltenden Lehrvertragsvordruck ist dem § 10 noch die frühere Fassung des § 8 des LehrVertr. für kaufmännische Lehrlinge und des Musters für gewerbliche Lehrlinge zugrunde gelegt. Ich darf darauf hinweisen, daß der RWiM. im Erlaß v. 25. Juli 1940 angeordnet hat, daß es der das Lehrverhältnis beherrschenden Treuepflicht entspricht, daß Lehrherr und Lehrling sich gegenseitig in angemessener Frist vor Beendigung des Lehrverhältnisses darüber verständigen, ob ein weiteres Verbleiben in dem Betriebe beabsichtigt ist oder nicht. Der RWiM. ist daher damit einverstanden, daß die bisherige einseitige Verpflichtung in den Lehrvertragsmustern folgenden Wortlaut erhält:

‚Beabsichtigen der Lehrherr oder der Lehrling und sein gesetzlicher Vertreter ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis miteinander nach Abschluß der Lehre nicht einzugehen, so haben sie dies dem anderen Teil spätestens drei Monate vor dem Ablauf der Lehrzeit schriftlich anzuzeigen. Wird der Lehrling vorzeitig zur Lehrabschlußprüfung zugelassen, so muß diese Anzeige unverzüglich nach Kenntnis der Zulassung erfolgen. Erfolgt solche Anzeige von keiner Seite, so ist der Lehrling nach Beendigung der Lehrzeit mit den gesetzlichen Kündigungsfristen angestellt.'

Im übrigen wird die bestehende Vereinbarung im § 10 des Lehrvertragsvordruckes durch mein Schreiben an den Herrn RWiM. v. 27. Juli 1940 nicht berührt.

Durch diese Fassung ist es dem Lehrling nicht möglich, bei Beendigung des Lehrverhältnisses seinen Arbeitsplatz zu verlassen, falls er dies dem Lehrherrn nicht rechtzeitig angezeigt hat. Den Arbeitsplatzwechsel bei Beendigung des Lehrverhältnisses allgemein zu verbieten, ist im Interesse der Berufsausbildung nicht erwünscht, da es vielfach üblich ist, daß der Lehrling nach abgeschlossener Lehrausbildung den Betrieb wechselt, um seine Ausbildung zu vertiefen. Dieser Wechsel fördert die Berufsausbildung und soll daher nicht ohne zwingenden Grund unterbunden werden. Ich habe deshalb in anderem Zusammenhange in meinem Runderlaß v. 6. Sept. 1940 bereits dahin entschieden, daß es nicht möglich ist, zugunsten ganzer Wirtschaftszweige schlechthin zu bestimmen, daß Lehrlinge nach vollendeter Ausbildung in ihrem alten Betrieb zu verbleiben haben und daß dies gegebenenfalls durch Dienstverpflichtung durchzusetzen ist.

Ein Abwandern ausgebildeter Kräfte aus den gelernten Berufen tritt damit nicht ein, da nach der VO. v. 1. Sept. 1939 Arbeiter, Angestellte, Lehrlinge, Volontäre und Praktikanten von Betrieben nur eingestellt werden dürfen, wenn eine Zustimmung des Arbeitsamts vorliegt. Die Erteilung der Zustimmung erfolgt nach den Gesichtspunkten des Arbeitseinsatzes, wobei die berufliche Ausbildung und Förderung eine wichtige Rolle spielt."

Es wird sich empfehlen, die obige Anregung beim Abschluß von Lehrverträgen zu verwerten.

National-Sozialistischer Rechtswahrerbund
Reichsgruppenwalter Rechtsanwälte
i. Auftr. RA. Dr. Petersen.

Neue Kurse im Rechtsseminar des NSRB.

Das Rechtsseminar des NSRB. betrachtet es als vordringliche Aufgabe, über die heute aktuellsten und praktisch wichtigsten Rechtsfragen Aufklärung zu geben. Es sind daher zunächst vier Rechtsgebiete herausgegriffen worden, die zur Zeit im Brennpunkt des Interesses stehen. Es sind dies das Vollstreckungsschutzrecht im Kriege (LGR. Dr. Merten), Strafrecht und Strafverfahrensrecht im Kriege (1. StA. Jaeger), das Mietrecht im Kriege (OLGR. Rexroth) und Vertragshilfe im Kriege (AGR. Dr. Weitnauer).

Die zuständigen Sachbearbeiter des Reichsjustizministeriums haben es in dankenswerter Weise übernommen, die Grundgedanken und den wesentlichen Inhalt der neuen Gesetze und Verordnungen auf den erwähnten Rechtsgebieten darzulegen. Es wird besonders hervorgehoben, daß die Vorträge nicht nur für die Rechtswahrer im engeren Sinne von größter Wichtigkeit sind, sondern auch den interessierten Kreisen der Wirtschaft Aufschluß über die damit verbundenen Probleme geben.

In Verbindung mit dem Institut der Wirtschaftsprüfer veranstaltet das Arbeitswerk des NSRB. außerdem noch ein Wirtschaftsrechtsseminar, dessen Lehrplan Kurse über das betriebliche Rechnungswesen und über Steuerrecht enthält und ferner den Wiederholungslehrgang für die Prüfung als Wirtschaftstreuhänder NSRB. und vereidigter Bücherrevisor. Auch diese Veranstaltungen verdienen das allgemeine Interesse und die größte Aufmerksamkeit, insbesondere, da es der deutschen Betriebswirtschaft an fachlich vorgebildeten Kräften fehlt.

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Arbeitswerk des NSRB., Berlin W 35, Tiergartenstr. 20/21, Tel. 22 89 61.

Zustellung

Gegen das Bundesmitglied Hellmuth Link, früher Rechtsanwalt in Königsbrück, Topfmarkt 2, Bundesnummer B 42 061, jetzt unbekannten Aufenthalts, ist ein Entscheid ergangen.

Meldet sich der Genannte nicht binnen 14 Tagen schriftlich oder persönlich bei der Reichsdienststelle, Hauptabteilung Verwaltung, so wird der Entscheid rechtskräftig.

Berlin, 1. Febr. 1941.

Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund
Reichsdienststelle
Hauptabteilung Verwaltung
gez. Abitz.

Schrifttum

Reichsverteidigungsgesetze, Gesetze, Verordnungen und Erlasse im Kampf um die Sicherung des Reiches und seiner Rechte. Herausgegeben vom NS.-Rechtswahrerbund. Bearbeitet von Prof. Dr. Erwin Noack. (Loseblattausgabe.) Lief. 19 (Preis 7,60 *RM*); Lief. 20 (Preis 4,20 *RM*); Lief. 21 (Preis 5,05 *RM*); Lief. 22 (Preis 5,50 *RM*). Berlin-Leipzig-Wien 1940. Deutscher Rechtsverlag GmbH.

Das Sammelwerk hat seit seinem Erscheinen (vgl. die Bespr. von Dix: DR. 1939, 1975) einen stattlichen Umfang angenommen (22 Lieferungen in 7 Ordnern). Die Aufteilung des Stoffes in 6 Hauptabschnitte hat sich bewährt. Im Verhältnis zu den übrigen Abschnitten enthält der Abschn. IV (Kriegswirtschaftsgesetze) die größte gesetzgeberische Fülle. Er umfaßt allein 3 Ordner, während sich die ersten 3 Abschnitte (Abschn. I Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts, Abschn. II wehrrechtliche Bestimmungen, Abschn. III Gesetze zum Schutze von Volk und Heimat) auf 3 Ordner verteilen und die Abschn. V (Rechtspflege) und VI (Sonstiges) in einem Ordner zusammengefaßt sind. Erwähnt sei noch, daß Abschn. VI, der sonstigen gesetzlichen Maßnahmen vorbehalten blieb und zunächst nur Fragen des Ausbildungswesens behandelte (Unterabschnitt A), jetzt um den Unterabschnitt B — Entschuldungswesen — bereichert ist.

Es liegen nunmehr die Lieferungen 19, 20, 21 und 22 vor. Mit der Lief. 19 ist ein neues Sachverzeichnis für die Lief. 1—18 erschienen, das — ebenso gründlich wie

geschickt bearbeitet — absolut zuverlässig ist und die Benutzung des Werkes wesentlich erleichtert. Lief. 19 enthält überwiegend Kriegswirtschaftsgesetze und wehrrechtliche Bestimmungen. Nur die wichtigsten Kriegswirtschaftsgesetze, denen erläuternde Einleitungen vorausgeschickt sind, seien erwähnt: VO. über die Erhebung einer Sozialausgleichsabgabe v. 5. Aug. 1940 nebst DurchfVO. v. 10. Aug. 1940, VO. über die Verbrauchsregelung von Spinnstoffwaren v. 14. Nov. 1939 i. d. Fass. v. 20. Aug. 1940 und die VO. über die Aufhebung der Mehreinkommensteuer v. 21. Aug. 1940; von den wehrrechtlichen Bestimmungen sei lediglich hervorgehoben die — ebenfalls mit einer Einleitung versehene — PersonenstandsVO. der Wehrmacht v. 4. Nov. 1939 i. d. Fass. v. 15. Aug. 1940. Im Hauptabschnitt V sei noch auf die gleichfalls erläuterte Reichspachtschutzordnung v. 30. Juli 1940 hingewiesen.

In der 20. Lieferung nehmen wiederum die Kriegswirtschaftsgesetze den breitesten Raum ein. Von ihnen sollen genannt werden: Die VO. über die Schaffung einer Wirtschaftsgarantie v. 22. Aug. 1940, VO. über die Wiedereinführung der Mehrarbeitszuschläge v. 3. Sept. 1940 und die VO. über den Handel und die Auftragsvermittlung bei öffentlichen Aufträgen v. 11. Sept. 1940, sämtlich mit Einleitungen versehen. Aus dem Hauptabschnitt V sei noch auf die besonders ausführlich erläuterte VO. zur weiteren Anpassung des österr. Strafrechts an das Reichsrecht vom 13. Aug. 1940 hingewiesen und aus dem Hauptabschn. VI auf die Neufassung des SchuldBereinG. v. 3. Sept. 1940 sowie auf die Zweite AblösungsVO. v. 7. Sept. 1940.

In der 21. Lieferung überwiegen neben den Kriegswirtschaftsgesetzen die Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Erwähnt seien hier nur: Das ReichspolizeikostenG. v. 23. Sept. 1940 nebst DurchfVO., VO. über die Behandlung von Vermögen der Angehörigen des ehemal. poln. Staates v. 17. Sept. 1940 und die VO. über die Deutsche Gesundheitskammer in Böhmen und Mähren v. 24. Sept. 1940.

Die 22. Lieferung bringt neben einer Reihe von Gesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts in der Hauptsache wehrrechtliche Bestimmungen (hervorhebenswert insbes. der wichtige Runderlaß des RMdI. u. des RFM. über Ausführung des Einsatz-Familienunterhalts v. 5. Juli 1940) und Kriegswirtschaftsgesetze, so die — erläuterten — VO. über gewerberechtliche Maßnahmen aus Anlaß des Krieges v. 9. Okt. 1940, die VO. über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Handelsrechts während des Krieges v. 4. Okt. 1940 und die Zweite VO. zur Änderung der Ersten VO. über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes v. 1. Okt. 1940. Aus dem Hauptabschn. V sei die bedeutsame VO. zur Ergänzung des Jugendstrafrechts v. 4. Okt. 1940 — mit ausführlicher Einleitung — hervorgehoben.

Das Werk hat gehalten, was es bei seinem Erscheinen versprochen hat.

Die den einzelnen Sachgebieten oder den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen vorausgeschickten Einleitungen, die teils in gedrängter Übersicht die wichtigsten gesetzgeberischen Neuerungen behandeln, teils Zweck und Sinn der Gesetze erläutern, die historischen Vorbemerkungen sowie die in kommentatorischer Form gegebenen Anmerkungen machen das stets aktuelle Werk ebenso interessant wie wertvoll. Seine dankenswerte Vielseitigkeit ist in unserer Zeit des Spezialistentums besonders begrüßenswert. Es bleibt nur zu wünschen, daß der große Freundeskreis der „Reichsverteidigungsgesetze" sich weiter vergrößern möge.

Assessorin Ilse Redecker, Berlin.

Die Preisstopverordnung. Die VO. über das Verbot von Preiserhöhungen v. 26. Nov. 1936 unter besonderer Berücksichtigung der KriegswirtschaftsVO. und des Runderlasses des Reichskommissars für die Preisbildung v. 3. April 1940 Nr. 37/40. Mit Erläuterungen von Friedrich Cordes, Münster i. W. (Preisrecht Heft 2.) Bad Oeynhausen-Berlin-Leipzig-Wien 1940. Verlag August Lutzeyer. 194 S. Preis kart. 4,90 *RM.*

Die PreisstopVO. ist nach wie vor die wichtigste Grundlage der Preisbildung. Während zeitweise die Entwicklung zu einer Auflösung des Preisrechts in Einzelregelungen für die verschiedenen Warengattungen zu führen schien, ist der Preiskommissar seit einiger Zeit wieder bestrebt, eine volkswirtschaftlich gerechtfertigte Preisbildung auf Grund der allgemeinen Preisgesetze durchzusetzen. Die Erlasse, die die Anwendung der PreisstopVO. bei neuen Erzeugnissen und bei sog. kalkulierten Preisen regeln (Nr. 137/40, Nr. 157/40), sind dafür ein deutliches Zeichen. Unter diesen Umständen besteht ein dringendes Bedürfnis an einer ausführlichen Erläuterung der PreisstopVO., die die zahlreichen Zweifelsfragen, die sich aus der Anwendung der nur aus drei Paragraphen bestehenden VO. ergeben, klärt. Diesem Bedürfnis entspricht das vorliegende Werk in jeder Weise. Es bringt übersichtlich geordnet und unter sorgfältiger Berücksichtigung der zahlreichen im Laufe der letzten Jahre ergangenen Erlasse des RfPr. eine Erläuterung der PreisstopVO., die man ohne Übertreibung als systematische Darstellung des Preisstoprechts bezeichnen kann. Dankenswerterweise werden in einem besonderen Abschnitt auch die Fragen der Einwirkung der PreisstopVO. auf das bürgerliche Recht behandelt. Für eine spätere Auflage wäre ein Ausbau dieses Abschnittes, ferner der Anmerkungen zu §§ 2 und 6 des PreisbildungsG. sowie insbesondere zu § 22 der KWVO., der neuerdings als zweites Grundgesetz der Preisbildung neben die StopVO. getreten ist, erwünscht.

Das Buch ist für jeden, der sich theoretisch oder praktisch mit Fragen des Preisrechts zu befassen hat, unentbehrlich.

ORegR. Dr. Lampe, Berlin.

Die Grundstücksschätzung. Systematische Darstellung, Erläuterung aller Wertbegriffe, Bewertungsbeispiele für die Praxis, Gesetzesbestimmungen, Preisbildung und Preisüberwachung bei Grundstücken nach Erlaß der PreisstopVO. v. 26. Nov. 1936 von Reinhold Prauser, Baumeister und Bauinspektor. 3. neubearb. und erw. Auflage. Berlin 1940. Carl Heymanns Verlag. 119 S. Preis geb. 5,60 *RM*, brosch. 4,60 *RM.*

Durch die PreisstopVO. und den Runderlaß des RfPr. v. 6. Okt. 1937 (Nr. 155/37) ist auch die Preisbildung bei Grundstücken dem freien Belieben der Parteien entzogen und unter gewisse Rechtsnormen gestellt worden. Die Probleme der Grundstücksbewertung sind damit letzten Endes Rechtsfragen geworden, und auch der Rechtswahrer, jedenfalls soweit er beruflich mit dem Grundstücksverkehr zu tun hat, ist verpflichtet, sich mit ihnen zu befassen. Jedes Werk, das auf der Grundlage des geltenden Preisrechts die Grundstücksbewertung behandelt, wird deshalb von vornherein auch in den Kreisen der Rechtswahrer, insbesondere der Notare, Interesse finden. Allerdings stößt die Bewertungsmethode des Verf. insoweit auf grundsätzliche Bedenken, als er auch bei der Ertragswertberechnung durchweg von Vorweltkriegszahlen ausgeht. Es ist zwar richtig, daß die Grundstückswerte nicht jeder vorübergehenden Schwankung der Ertragsverhältnisse folgen können, aber man kann trotzdem nicht auf die Dauer die Jetztwerte auf der Grundlage der Verhältnisse von 1914 berechnen. Es gelingt dem Verf. auch nicht, eine sichere Methode aufzuzeigen, um von den Vorweltkriegswerten zu einwandfreien Jetztwerten zu kommen. Bei Neubauten, die erst nach 1918 erstellt sind, wirkt die Bewertung auf der Grundlage fingierter Vorweltkriegswerte besonders gekünstelt. Anzuerkennen ist das Bestreben des Verf., die Preisvorschriften eingehend zu berücksichtigen. Die einschlägigen Bestimmungen, insbesondere der Runderlaß Nr. 155/37, sind in einem besonderen Abschnitt behandelt. Für eine etwaige spätere Auflage des Werkes wäre es erwünscht, daß gewisse stilistische Mängel, die sich augenblicklich beim Durcharbeiten des Werkes störend bemerkbar machen, behoben werden.

ORegR. Dr. Lampe, Berlin.

Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetze. Textausgabe mit Verweisungen und Sachregister. Herausgegeben von Dr. Rudolf Lehmann, MinDir. i. OKW. 5. Aufl. (Vahlens Textausgaben.) Berlin 1940. Verlag Franz Vahlen. 393 S. Preis geb. 3,60 *RM.*

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet
[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Rechtspolitisch besonders bedeutsame Entscheidungen:

aus dem bürgerlichen Recht S. 270 ff. Nr. 8, 10, 11; Zivilprozeßrecht S. 281 Nr. 18; Arbeitsrecht S. 285 Nr. 25

Strafrecht

1. RG. — § 267 StGB.

1. In der unrichtigen Angabe des Absenders bei Geldsendungen an Untersuchungsgefangene kann ein Gebrauchmachen einer Urkunde zum Zwecke der Täuschung der Gefängnisverwaltung liegen.

2. Der Gebrauch eines falschen Namens und der mit ihm unterzeichneten Urkunde geschieht nur dann in rechtswidriger Absicht, wenn er darauf gerichtet ist, gerade durch die damit hervorgerufene Täuschung über die Person des Urhebers im Rechtsleben einen Erfolg zu erreichen (RGSt. 47, 199; 56, 114, 115; 64, 95, 96; 68, 2, 6). †)

I. Der Angekl. war Verteidiger des Strafgefangenen Herbert P. Auf dessen Bitte sandte er zu verschiedenen Malen mittels Postanweisungen Geld, das von anderer Seite für P. bei ihm eingezahlt worden war, an drei verschiedene Untersuchungsgefangene, die sich in demselben Gefängnis befanden, in dem P. derzeit untergebracht war. P. hatte mit diesen Gefangenen verabredet, daß sie für das Geld zusätzliche Lebensmittel, die er als Strafgefangener nicht beziehen durfte, für ihn kaufen und sie ihm zustecken sollten. In diesen Plan hatte er den Angekl. eingeweiht. Auf Veranlassung des P. ließ der Angekl. von seiner Büroangestellten als Absender auf den Postanweisungsabschnitten verschiedene Personen angeben, die davon nichts wußten. Die Beträge wurden von der Kasse des Untersuchungsgefängnisses für die fraglichen Untersuchungsgefangenen gutgeschrieben, die, wie verabredet, damit verfuhren.

Wegen dieses Sachverhalts ist der Angekl. wegen schwerer Privaturkundenfälschung angeklagt worden. Die StrK. hat ihn freigesprochen. Hiergegen richtet sich die Rev. der StA.

II. Der Freispruch des Angekl. ist bisher nicht ausreichend begründet.

1. Daran, daß die Angabe falscher Absender auf den Postanweisungsabschnitten und die Absendung an die Untersuchungsgefangenen den äußeren Tatbestand des § 267 StGB. erfüllt, besteht kein Zweifel (vgl. u. a. RGSt. 35, 80, 82; 38, 211, 212). Das hat auch das LG. angenommen.

2. Das LG. meint aber, der innere Tatbestand der Urkundenfälschung sei nicht nachgewiesen. Der Angekl. habe weder zum Zwecke der Täuschung gehandelt noch in rechtswidriger Absicht. Dazu ist folgendes zu sagen:

a) Es ist richtig, daß von einer Urkundenfälschung nur dann die Rede sein kann, wenn der Täter über eine rechtserhebliche Tatsache täuschen will, die im Falle der Echtheit der Urkunden durch sie bewiesen werden kann (RGSt. 62, 222, 223). Hier kommt dem Sachverhalt nach nur die Täuschung über den wahren Absender in Betracht.

Die Meinung der Rev., das Merkmal des Handelns zum Zwecke der Täuschung sei hier auch dadurch erfüllt, daß der Angekl. über den wahren Empfänger täuschen wollte, ist unrichtig; denn im Falle der Echtheit würde durch die Urkunden insoweit nur bewiesen werden, daß die Geldbeträge zur Auszahlung an die fraglichen Untersuchungsgefangenen gesandt waren. Das war richtig. Insoweit konnte daher durch den Inhalt der Urkunden keine Täuschung beabsichtigt sein. Keinen Beweis hätten die Urkunden im Falle der Echtheit dafür erbracht, daß die Gelder endgültig bei den als Empfänger angegebenen Untersuchungsgefangenen verbleiben und nicht in Form von angekauften Lebensmitteln schließlich an P. gelangen sollten. Soweit die Gefängnisverwaltung, in deren Hände die Postanweisungen zur Gutschrift der Beträge für die Gefangenen kommen sollten und kamen, über diese Tatsache getäuscht werden sollte, lag das außerhalb des Urkundeninhaltes, wie das LG. zutreffend angenommen hat. Das von der Rev. der StA. angeführte RGSt. 32, 56 betrifft eine andere Frage. Es läßt den Grundsatz, daß die Täuschungsabsicht auf eine rechtserhebliche Tatsache gerichtet sein muß, die durch die Urkunde bewiesen werden könnte, unberührt. Die Entsch. spricht aus, daß die Täuschung sich nicht auf das Rechtsverhältnis zu beziehen braucht, zu dessen Beweise die Urkunde erheblich ist, sondern eine andere rechtserhebliche Tatsache betreffen kann. Hier fällt aber beides zusammen. Die Angabe des Absenders ist zum Beweise für die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und der Post sowie dem Empfänger erheblich; gleichzeitig ist es die rechtserhebliche Tatsache, über die getäuscht werden sollte.

Gleichwohl ist die Rev. der StA. im Ergebnis, auch soweit es sich um das Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung handelt, begründet. Das LG. führt ganz allgemein aus, eine Täuschung der Gefängnisverwaltung durch die unrichtige Angabe des Absenders bei Geldsendungen könne schon deshalb nicht beabsichtigt gewesen sein, weil der Angekl. gewußt habe, daß der Absender für die Gefängnisverwaltung unbeachtlich sei. Diese allgemeine Begründung geht fehl. Es ist keinesfalls stets unbeachtlich, von wem Geldsendungen an Gefangene kommen. Der Zweck der Haft, die Ordnung im Gefängnis, die Aufgabe der Gefängnisverwaltung, strafbaren Handlungen während der Haft entgegenzutreten, können es mit sich bringen, daß Geldsendungen gewisser Personen den Gefangenen nicht zuzuleiten sind. Der Absender für Sendungen an Gefangene ist mithin durchaus nicht allgemein unbeachtlich, wie das LG. meint. Soweit die StrK. aber etwa weiter der Auffassung ist, der Angekl. habe hier jedenfalls nicht zum Zwecke der Täuschung gehandelt, läßt sich das nicht mit dem im Urteil festgestellten Sachverhalt in Einklang bringen. Dieser legt vielmehr den Gedanken außerordentlich nahe, daß man die Gefängnisverwaltung ganz bewußt über den Absender des Geldes irreführen wollte, damit der Umstand nicht auffiele, daß der Angekl. als Verteidiger des Strafgefangenen P. verschiedenen Untersuchungsgefangenen, die mit P. in einer Anstalt untergebracht waren, wiederholt Geld übersandte, weil dadurch letzten Endes das unzulässige Zuschieben von Lebensmitteln an den Strafgefangenen irgendwie aufgedeckt werden konnte. Es ist nicht ersichtlich, welche anderen Gründe den Angekl. bestimmt haben sollten, sich auf diese Machenschaften einzulassen. Es hätte jedenfalls eingehender Darlegungen bedurft, wenn das LG. diesen so naheliegenden Zweck des Vorgehens des Angekl. als nicht gegeben oder unbewiesen ansehen wollte.

Bisher ist daher das Merkmal eines Handelns zum Zwecke der Täuschung unzureichend verneint.

b) Die StrK. geht an sich auch von einem zutreffenden Begriff der rechtswidrigen Absicht aus. Gleichwohl vermögen auch hier die Urteilsausführungen die Annahme der StrK., auch dieses Merkmal sei nicht erfüllt oder jedenfalls nicht erwiesen, zum Teil aus denselben Gründen, nicht zu tragen. Zum Begriff der rechtswidrigen Absicht gehört nach ständiger Rspr., daß der Täter den anderen durch die Täuschung, die mittels Gebrauches der Urkunde herbeigeführt werden soll, zu

einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmen will. Danach geschieht der Gebrauch eines falschen Namens und der mit ihm unterzeichneten Urkunde nur dann in rechtswidriger Absicht, wenn er darauf gerichtet ist, gerade durch die damit hervorgerufene Täuschung über die Person des Urhebers im Rechtsleben einen Erfolg zu erreichen (vgl. u. a. RGSt. 47, 199; 56, 114, 115; 64, 95, 96; 68, 2, 6). Der Täter muß ein rechtlich erhebliches Verhalten erstreben, zu dem es ohne die Täuschung nicht oder doch nicht so sicher gekommen wäre (RGSt. 47, 199). Den Gegensatz hierzu bilden solche Fälle, in denen der Benutzer eines fremden Namens mit dem Bewußtsein handelt, daß er denselben Erfolg im Rechtsleben mit dem Gebrauch seines eigenen Namens erreichen und daß deshalb durch die Täuschung keinerlei anderer Erfolg im Rechtsleben herbeigeführt werde (RGSt. 68, 2, 6).

Das rechtlich erhebliche Verhalten, das hier erstrebt wurde, war die Auszahlung oder Gutschrift des Geldes zur Verfügung der benannten Untersuchungsgefangenen seitens der Gefängnisverwaltung. Wenn der Angekl. der Meinung gewesen sein sollte, die Gefängnisverwaltung würde die Weiterleitung des Geldes genau so ohne Beanstandung vornehmen, wenn er sich zutreffend als Absender angebe, so würde er allerdings das rechtserhebliche Verhalten nicht durch die Täuschung erstrebt haben. Das LG. vertritt diese Auffassung. Dann aber bleibt, wie bereits unter a ausgeführt ist, unverständlich, weshalb der Angekl. im Einvernehmen mit dem Strafgefangenen den Weg der fälschlichen Angabe der Absender überhaupt wählte. Zunächst spricht alles dafür, daß der Angekl. in dem vollen Bewußtsein der Unzulässigkeit des gesamten Vorgehens und in Übereinstimmung mit der Befürchtung, es könnten im anderen Falle die Geldsendungen auffallen, Verdacht erregen und das Tun so letzten Endes aufgedeckt werden, die falschen Absender angab, in der Überzeugung, ohne diese Täuschungshandlung den erstrebten Erfolg, nämlich die Zuleitung der Gelder an die Untersuchungsgefangenen, mindestens nicht so sicher zu erreichen. Es muß daher auch hier, wie bereits unter a, bemängelt werden, daß nicht ausreichend dargetan ist, der Schuldbeweis gegen den Angekl. sei nicht zu führen.

Hiernach muß das freisprechende Urteil aufgehoben werden.

(RG., 4. StrSen. v. 15. Nov. 1940, 4 D 340/39.) [R.]

Anmerkung: Die Entsch., die zutreffend auf Widersprüche bei der Tatsachenfeststellung durch das LG. aufmerksam macht, die abschließende Beurteilung aber m. R. der Nachprüfung durch den Tatrichter vorbehält, beleuchtet erneut die Schwierigkeiten, die sich bei der Urkundenfälschung („einem der schwierigsten Straftatbestände des StGB.“: Mezger, Grundriß S. 171) ergeben können. Sie betreffen diesmal (vgl. auch RG.: DR. 1940, 1515 mit Anm. Boldt) fast ausschließlich den subjektiven Tatbestand, nämlich die Merkmale des Gebrauchmachens „zum Zwecke der Täuschung“ und „in rechtswidriger Absicht“. Auch hier kommt es darauf an, aus der Natur der Urkundenfälschung als eines „Formaldelikts, welches ... in dem Mißbrauch der Form der Beurkundung im rechtlichen Verkehr sein Wesen hat“ (RGSt. 23, 249), die notwendigen, u. U. recht weitgehenden Folgerungen zu ziehen. Verfehlt war deshalb der Versuch der Rev. der StA. — abweichend von dem an sich richtigen Ausgangspunkt des LG. —, die Bestrafung des Angekl. auf einer ganz anderen Grundlage zu erreichen, nämlich auf die Täuschung über den „wahren Empfänger“ der Geldsendungen abzustellen, die „Schiebung“ also gewissermaßen „materiell“ zu beurteilen. Zutreffend legt das RG. im einzelnen demgegenüber dar, daß allein entscheidend ist, „was im Falle der Echtheit durch den Inhalt der Urkunden bewiesen werden würde“, und daß deshalb nach dem Sachverhalt nur eine Täuschung über den wahren „Absender“ in Betracht kommt. Denn die Angabe der „Empfänger“ war (i. S. des § 267 StGB.) richtig; die beabsichtigte Schiebung der Lebensmittel an den Strafgefangenen lag außerhalb des Urkundeninhalts und hat deshalb insoweit auszuscheiden.

Das Urteil beanstandet im wesentlichen nur die Ansicht des LG., daß „der Schuldbeweis gegen den Angekl. nicht zu führen sei“; die entscheidenden subjektiven Merkmale seien „unzureichend verneint“. Dabei erblickt das RG. den Zweck des Vorgehens des Angekl. darin, durch die Angabe des falschen Absenders die Aufdeckung der Schiebung zu verhindern und „die Auszahlung oder Gutschrift des Geldes zur Verfügung der Untersuchungsgefangenen“ zu erreichen. Diese Annahme erscheint in der Tat sehr naheliegend und müßte zur Bejahung der Schuldfrage führen, wie das RG. in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rspr. (Leitsatz 2) näher darlegt. Die daraus im Leitsatz 1 für den konkreten Fall gezogene Folgerung hinsichtlich des Gebrauchmachens zum Zwecke der Täuschung gilt entsprechend für das Merkmal der „rechtswidrigen Absicht“, dessen Abgrenzung stets gewisse Schwierigkeiten bereitet hat. Den Gegensatz dazu bilden die Fälle, in denen es dem Täter eben nicht darauf ankommt, den Getäuschten zu einem „rechtlich erheblichen Verhalten“ zu veranlassen, sondern in denen er ausschließlich einen Einfluß auf dessen außerhalb der Rechtssphäre liegende Gemütsstimmung ausüben will. Hierher gehört das bekannte Frank-Beispiel von dem Studenten, der gefälschte Quittungen an den Christbaum hängt, um seinem Vater eine Freude zu bereiten. Ebenso handelt derjenige nicht „in rechtswidriger Absicht“, der auf Grund der Fälschung lediglich Neuigkeiten erfahren (RGSt. 46, 224) oder einen anderen beruhigen (RGSt. 47, 199), ihn zum Dableiben während der Nacht veranlassen (RGSt. 64, 96) oder einer wissenschaftlichen Auffassung eine bessere Stütze geben will (RGSt. 68, 2); desgleichen genügt das Streben nach höherer persönlicher Einschätzung aus bloßem Geltungsbedürfnis allein nicht (RG.: DJ. 1938, 2039).

Auf eine derartige Fallgestaltung kann sich der Angekl. nun allerdings kaum berufen. Deshalb bleibt als letzte Möglichkeit für eine Verneinung der rechtswidrigen Absicht nur die Annahme, daß er mit dem Gebrauch seines eigenen Namens denselben Erfolg im Rechtsleben erreicht hätte. Das RG. sagt selbst: „Wenn der Angekl. der Meinung gewesen sein sollte, die Gefängnisverwaltung würde die Weiterleitung des Geldes genau so ohne Beanstandung vornehmen, wenn er sich zutreffend als Absender angebe, so würde er allerdings das rechtserhebliche Verhalten nicht durch die Täuschung erstrebt haben.“ Es hält jedoch eine derartige Annahme, wie sie vom LG. zugunsten des Angekl. vertreten wurde, für nicht genügend tatsächlich begründet.

Dieser Gedankengang bedarf m. E. einer gewissen Ergänzung. Zwar scheint unbestreitbar zu sein, daß der Angekl. zum Zwecke der Täuschung gehandelt hat, aber das genügt ja bekanntlich nicht, um die rechtswidrige Absicht zu bejahen; und es fragt sich eben doch, ob das rechtserhebliche Verhalten, das der Angekl. durch die Täuschung erstrebt haben muß — wie das RG. meint —, nur in der Weiterleitung des Geldes durch die Gefängnisverwaltung erblickt werden kann (und andernfalls verneint werden muß). Diese Alternative ist etwas zu eng; sie erschöpft wohl nicht die Betrachtungsweise des LG. und wird damit offenbar auch dem Verteidigungsvorbringen des Angekl. nicht ganz gerecht. Denn es ist zum mindesten nicht ausgeschlossen, daß dieser zwar geglaubt hätte, die Gefängnisverwaltung werde das Geld genau so weiterleiten, wenn er seinen wahren Namen als Absender gebrauche, daß er sich aber dennoch davor gescheut, eine Verschleierung jedenfalls für besser gehalten hat, um nicht in irgendeiner Form für sein standeswidriges Verhalten zur Verantwortung gezogen zu werden. Diese Erwägung deckt sich mit der des RG. insofern, als sie ebenfalls auf die Gefahr der Entdeckung der Schiebung zurückgeht, ist aber dennoch etwas anders gelagert, da sie nicht dazu zwingt, das rechtserhebliche Verhalten ausschließlich in der Weiterleitung des Geldes zu erblicken. An der rechtlichen Gesamtbeurteilung ändert sich allerdings nichts. Denn auch dann kam es dem Angekl., der durch die Täuschung letzten Endes ein Einschreiten gegen sich selbst verhindern wollte, darauf an, die Gefängnisverwaltung zu einem rechtserheblichen Verhalten, nämlich zur Unterlassung der sonst erforderlichen Maßnahmen, zu veranlassen. Auch von diesem Standpunkt aus fehlt es also an der für eine Freisprechung erforderlichen Voraussetzung, daß „durch die Täuschung keiner-

lei (!) anderer Erfolg im Rechtsleben herbeigeführt werde" (RGSt. 68, 6 = JW. 1934, 693 [14]).

Mit dieser Erweiterung der Begründung ist den Ausführungen des RG. beizutreten.

Prof. Dr. Bruns, Greifswald.

*

2. AG. — §§ 2 Abs. 1, 9 Abs. 1 LuftschutzG. vom 26. Juni 1935; §§ 1, 2 VerdunkelungsVO. v. 23. Mai 1939; § 1 Abs. 2 Ziff. 4 der 10. DurchfVO. zum LuftschutzG. v. 1. Sept. 1939.

Ein Gastwirt genügt den ihm nach den Verdunkelungsvorschriften obliegenden Pflichten nicht schon dadurch, daß er die vorschriftsmäßige Verdunkelungsvorrichtung am Lokaleingang angebracht hat; darüber hinaus hat er für eine ordnungs- und sachgemäße Handhabung dieser Vorrichtungen zu sorgen und diese zu überwachen.

Am Abend des 13. Okt. 1940 wurde in K. gegen 21,30 Uhr Fliegeralarm gegeben. Zu dieser Zeit befanden sich in der Gastwirtschaft des Angekl. noch eine Anzahl von Gästen. Der Mitteilung eines hereinkommenden Gastes, daß Fliegeralarm gemeldet worden sei, schenkte der Angekl. keinen Glauben und hielt den Wirtschaftsbetrieb unbeschränkt aufrecht. Unbehindert verließen und betraten Gäste das Lokal. Der Ausgang der Gastwirtschaft war zwar ordnungsgemäß mit einer Lichtschleuse, bestehend aus einem großen dunklen Vorhang, der nur an einer Seite zu öffnen war, versehen, jedoch fiel bei einem gleichzeitigen Öffnen dieses Vorhanges und der dahinter liegenden Türe jeweils ein Lichtschein auf die Straße. Dieser Lichtschein rührte von einer über dem Büffet hängenden und nicht abgeblendeten Kugellampe her. Erst um 22,15 Uhr wurde auf polizeiliche Veranlassung der Wirtschaftsbetrieb in der Gastwirtschaft eingestellt.

Der Angekl. behauptet, daß ein Lichtschein nicht nach außen gedrungen sei, bestreitet aber im übrigen die obigen Feststellungen nicht. Das Gericht konnte sich jedoch bei einer Ortsbesichtigung überzeugen, daß beim gleichzeitigen Verlassen bzw. Betreten der Gastwirtschaft durch mehrere Gäste ein Lichtschein aus der Gastwirtschaft auf die Straße fiel.

Aus dem geschilderten Sachverhalt ergibt sich, daß der Angekl. gegen die Verdunkelungsvorschriften verstoßen hat. Seinen Ausführungen, daß die Störung der Verdunkelung nicht er, sondern allein die das Lokal betretenden bzw. verlassenden Gäste zu vertreten hätten, kann nicht beigetreten werden. *Er hat den ihm nach den Verdunkelungsvorschriften obliegenden Pflichten nicht Genüge geleistet, indem er die vorschriftsmäßige Verdunkelungsvorrichtung an dem Lokaleingang angebracht hat; ihn trifft darüber hinaus auch noch die Pflicht für eine ordnungsgemäße und sachgemäße Handhabung dieser Vorrichtungen Sorge zu tragen und diese zu überwachen.* Gegen diese Überwachungspflicht hat der Angekl. fahrlässig verstoßen, indem er, obwohl er bereits Kenntnis von dem Fliegeralarm hatte, nicht verhinderte, daß beim Verlassen bzw. Betreten des Lokals Lichtschleuse und Lokaltüre gleichzeitig geöffnet wurden und hierdurch ein Lichtschein auf die Straße fiel.

Der Angekl. war daher wegen Übertretung der §§ 2 Ziff. 1, 9 Ziff. 1 LuftschutzG. v. 26. Juni 1935 (RGBl. I, 827) i. Verb. m. den §§ 1, 2 der VerdunkelungsVO. v. 23. Mai 1939 (RGBl. I, 965) und dem § 1 Abs. 2 Ziff. 4 der 10. DurchfVO. zum LuftschutzG. v. 1. Sept. 1939 (RGBl. I, 1570) zu bestrafen. Erschwerend war zu berücksichtigen, daß die Störung der Verdunkelung während des Fliegeralarms erfolgte, daß sich in dem Hause des Angekl. ein öffentlicher Luftschutzraum befindet und daß er als Gastwirt zudem eine besondere Verantwortung gegenüber seinen Gästen trägt. Insoweit trifft den Angekl. eine erhöhte Pflichtigkeit. Strafmildernd konnte brücksichtigt werden, daß er im übrigen sein Gebäude gut verdunkelt hatte und sein Verschulden gering ist.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist eine Geldstrafe von 30 RM angemessen und ausreichend.

(AG. Königswinter, Urt. v. 26. Nov. 1940, 2 Es 15/40.) [R.]

*

3. OLG. — § 28 StPO. Ein Beschluß, durch den ein Ablehnungsgesuch für erfolglos erklärt wird — gleichgültig, ob das Gesuch aus sachlichen Gründen als unbegründet oder aus verfahrensrechtlichen Gründen als unzulässig verworfen wird — kann nur mit der sofortigen Beschw. nach § 311 StPO. angefochten werden, sofern sich das als erfolglos erklärte Ablehnungsgesuch nicht gegen einen erkennenden Richter wendet. Im letzteren Fall kann der Beschluß nach § 28 Abs. 2 StPO. nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urteil angefochten werden.

(OLG. Stuttgart, 1. StrSen., Beschl. v. 5. Dez. 1940, Ws 83/40.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

4. RG. — §§ 133, 2352, 2358 BGB. Erklärungen der Miterben in dem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheines sind für den Nachlaßrichter Anhaltspunkte für die ihm von Amts wegen obliegende Ermittlung der Wahrheit. Wenn von den Miterben in solchen Erklärungen eine Ansicht vertreten wird, die das dem Antrag auf Erbscheinerteilung zugrunde liegende Testament antastet, so kann hierin noch keine Anfechtung des Testamentes selbst gesehen werden. — Die Aufhebung eines Verzichts auf ein späteres testamentarisches Erbrecht unterliegt nicht dem § 2352 BGB., sondern den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts und kann deshalb formlos erfolgen.

Der am 9. Okt. 1938 in B. verstorbene Kaufmann F. hat in seinem Testament v. 10. Nov. 1937 die Kl., seine zweite Ehefrau, und die Bekl., seine Kinder erster Ehe, zu Erben, die Kl. auch zur „Testamentsvollstreckerin und Treuhänderin" seines letzten Willens eingesetzt. In dem Testament befindet sich auch die Bestimmung: „Wer von meinen Erben dies Testament anficht, soll nur den Pflichtteil erhalten."

Die Kl. beantragte am 27. Okt. 1938 in einer notariellen Verhandlung die Erteilung eines Erbscheins für die vier Erben auf Grund des Testaments v. 10. Nov. 1937 und ließ diese Verhandlung dem Nachlaßgericht einreichen. Die Bekl. reichten nun dem Nachlaßgericht zunächst eine Urkunde v. 29. Aug. 1938 ein, in welcher die Kl. und der Erblasser u. a. einen Vertrag v. 9. April 1926 außer Kraft setzten, und später auch den notariellen Vertrag v. 9. April 1926. In diesem Vertrag verzichtete die Kl., nachdem sie und der Erblasser erklärt hatten, sie gedächten nach Scheidung der Ehe des Erblassers miteinander die Ehe einzugehen, für den Fall der Schließung dieser Ehe auf jedes Erbrecht nach ihrem späteren Ehemann, so daß sie von der Erbfolge und dem Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen sei; der Erblasser nahm diese Erklärungen an und „übertrug der Kl. die Rechte" aus zwei Lebensversicherungen über je 50 000 RM. Außerdem vertraten die Bekl. in drei Schriftsätzen, die sie durch ihren Anwalt anfertigen und dem Nachlaßgericht einreichen ließen, den Standpunkt, die Kl. habe in dem Vertrage v. 9. April 1926 auch auf ihr späteres testamentarisches Erbrecht verzichtet.

Die Kl. ließ sich weiter ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilen. Die Bekl. stellten aber auf Grund eines Briefes der Kl. an den Erstbekl. beim Nachlaßgericht den Antrag, die Kl. aus ihrem Amt zu entlassen. Das Nachlaßgericht gab dem Antrage statt, das LG. wies die Beschwerde der Kl. zurück, das KG. hob aber auf weitere Beschwerde der Kl. die Beschlüsse der Vorinstanzen auf und verwies die Sache an das AG. zurück. Dieses hat die Entsch. bis zur Erledigung des vorliegenden Rechtsstreits ausgesetzt.

Die Kl. begehrt im Wege der Klage die Feststellung, daß den Bekl. kein Erbrecht an dem Nachlaß ihres Vaters zustehe und daß sie nur den Pflichtteil beanspruchen könnten. Das LG. hat die Klage abgewiesen; das KG. hat ihr stattgegeben. Das RG. hob auf.

Das KG. führt aus, den Darlegungen der Bekl., der Erblasser zeige in seinem Testament v. 10. Nov. 1937, daß er mit erbrechtlichen Begriffen vertraut sei, er habe deshalb mit der Anfechtung des Testaments, bei deren

Vornahme ein Erbe seines Erbrechts verlustig gehen solle, eine Anfechtung im rechtstechnischen Sinne gemeint, könne nicht gefolgt werden, denn er habe z. B. entgegen dem, was das Gesetz als Regel bezeichne, die Erben nicht auf Quoten eingesetzt, sondern das Vermögen unter sie einzeln verteilt. Er habe aber gewußt, daß das Verhältnis zwischen den jetzigen Parteien überaus gespannt gewesen sei, und daß die Einsetzung der Kl. zur Erbin trotz ihres früheren Verzichts zu einer Schmälerung des Erbteils der Bekl. führen werde. Er habe deshalb die Gefahr von Streitigkeiten vorausgesehen, und die Verwirkungsklausel habe deshalb wesentlich dazu dienen sollen, die Kl. gegen Angriffe zu schützen, die sich auf ihre frühere Verzichtserklärung stützten. Die Bestimmung über die Verwirkung müsse deshalb weit ausgelegt werden und ernstliche, wenn auch erfolglose Versuche, die Kl. um ihr Erbrecht zu bringen, umfassen.

Ein solcher Versuch liege nicht in dem Antrag der Bekl., die Kl. aus ihrem Amt als Testamentsvollstreckerin zu entlassen, denn damit griffen die Erben nicht das Testament, sondern nur die Person der Testamentsvollstreckerin an, sie stützten sich nur auf Tatsachen, die sich nach dem Tode des Erblassers zugetragen hätten. Wohl aber enthalte ihr Vorgehen in der Erbscheinssache einen solchen Versuch. Sie hätten keinesfalls nur, wie sie behaupten, im Hinblick auf § 2357 Abs. 4 BGB., wonach im Falle der Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins im Zweifel alle Erben die dort angegebenen eidesstattlichen Versicherungen abgeben müssen, gehandelt, sie seien vielmehr auch darauf ausgegangen, den Nachlaßrichter von dem Fortfall des Erbrechts der Kl. zu überzeugen und die Erteilung des beantragten Erbscheins zu hintertreiben. Zunächst sei der Aufhebungsvertrag v. 29. Aug. 1928 überreicht worden, offenbar von dem Bekl. G. F. Dann hätten sie unter Beifügung des Erbverzichtsvertrags durch ihren Anwalt einen Schriftsatz einreichen lassen, in dem sie u. a. ausgeführt hätten, die Folge des Erbverzichts sei der gänzliche Wegfall eines Erben, das Testament könne dem Erbverzichtsvertrag gegenüber keinesfalls aufrechterhalten werden, der Verzicht schließe die Gültigkeit der Erbeinsetzung der jetzigen Kl. jedenfalls aus. Als der Anwalt der jetzigen Kl. erklärt habe, der Verzicht beziehe sich nur auf das gesetzliche Erbrecht, hätten sie durch ihren Anwalt vorgebracht, der Verzicht erstrecke sich nach der Fassung des Vertrages auf jedes Erbrecht, auch das testamentarische, er sei während des Bestehens der früheren Ehe des Erblassers ausgesprochen worden mit Rücksicht auf die Kinder erster Ehe, er habe also gerade auch jede testamentarische Berücksichtigung der jetzigen Kl. ausschließen sollen. Solange der Erbverzichtsvertrag nicht formgültig aufgehoben sei, sei es für den Erblasser unmöglich gewesen, die jetzige Kl. als Erbin oder Miterbin rechtsgültig einzusetzen. Nachdem dann ihrem Anwalt eine Verfügung des Nachlaßrichters des Inhalts zugegangen sei, der Erbverzicht wirke nicht auf die spätere testamentarische Erbeinsetzung, hätten die Bekl. gleichwohl ihren Standpunkt weiter verfolgt und vorbringen lassen, der Aufhebungsvertrag erfülle nicht die durch das Gesetz vorgeschriebene Form, der Erbverzichtsvertrag müsse deshalb auch weiterhin als wirksam angesehen werden. Auch der Verzicht auf ein späteres testamentarisches Erbrecht sei gültig; gerade um diesen Verzicht zu beseitigen, habe auch der Erblasser den Aufhebungsvertrag geschlossen. Dieser Vertrag sei aber mangels der vorgeschriebenen Form nichtig; deshalb sei die Erbeinsetzung der jetzigen Kl. keinesfalls rechtsgültig. Danach hätten die Bekl. in drei Eingaben an das Nachlaßgericht mit aller Schärfe den Standpunkt vertreten, die Kl. sei infolge des Erbverzichts von der Erbschaft ausgeschlossen, und seien dabei auch verblieben, nachdem ihnen der Nachlaßrichter mitgeteilt habe, der Erbverzicht wirke nicht auf die spätere testamentarische Erbeinsetzung; sie hätten sich also eines unzweideutigen absichtlichen Angriffs auf die testamentarischen Anordnungen schuldig gemacht mit dem Ziele, die Kl. von der Erbfolge auszuschließen.

Der Kl. kann zunächst das nach § 256 ZPO. erforderliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Nichtbestehens des Erbrechts der Bekl. nur dann zuerkannt werden, wenn sie selbst Erbin ist. Der Erbverzichtsvertrag v. 9. April 1926 steht aber der Rechtsgültigkeit ihrer Erbeinsetzung in dem Testament v. 10. Nov. 1937 nicht entgegen. Selbst wenn man annähme, der Vertrag enthalte auch einen Verzicht auf ein testamentarisches Erbrecht, so handelte es sich dabei doch nur um ein späteres derartiges Erbrecht. Über einen solchen Verzicht enthalten die erbrechtlichen Vorschriften des BGB. keine Bestimmungen; § 2352 BGB. bezieht sich, wie sein Wortlaut ergibt, nur auf den Verzicht auf ein schon bestehendes testamentarisches Erbrecht. Ein Verzicht auf ein durch spätere letztwillige Verfügung begründetes Erbrecht hat also keine erbrechtliche Bedeutung. Welche Tragweite ein solcher Verzicht aber sonst haben könnte, bedarf hier keiner Entsch.; denn so viel steht fest, daß auf ihn die Vorschriften des BGB. über den Erbverzicht eben keine Anwendung finden, also auch nicht die Bestimmung des § 2352 BGB., nach der ein Vertrag, durch den ein Erbverzicht aufgehoben wird, der gerichtlichen oder notariellen Form bedarf. Die Aufhebung eines Verzichts auf ein späteres testamentarisches Erbrecht unterliegt deshalb den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts und kann formlos erfolgen. Auf alle Fälle wäre also ein in dem Erbverzichtsvertrag v. 9. April 1926 etwa enthaltener Verzicht auf ein späteres testamentarisches Erbrecht durch den Aufhebungsvertrag v. 29. Aug. 1928 erledigt worden. Die Kl. ist also auf Grund des Testaments v. 10. Nov. 1937 Miterbin nach ihrem Ehemanne geworden.

Die Rev. wendet sich gegen die weite Auslegung des Begriffs der Anfechtung des Testaments durch das KG. und gegen die Annahme, das Verhalten der Bekl. falle in den Rahmen einer Anfechtung, wie sie der Erblasser als Grund zur Enterbung der Bekl. und zu ihrer Abfindung mit dem Pflichtteil gemeint habe. Ob der erste Angriff berechtigt ist, mag dahingestellt bleiben. Die Auslegung des Testaments ist Sache des Tatrichters. Der zweiten Rüge kann aber die Berechtigung nicht abgesprochen werden. Ein Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlaßgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (§ 2359 BGB.). Dabei hat es von Amts wegen die zu ihrer Feststellung erforderlichen Ermittlungen anzustellen und unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen (§ 2358 Abs. 1 BGB.). Erklärungen des Antragstellers und der Miterben sind also für den Nachlaßrichter nur Anhaltspunkte zur Ermittlung der Wahrheit. Wer Erbe ist, hat der Richter von Amts wegen zu erforschen. Wenn die Bekl. in einem solchen Verfahren, das noch dazu nicht über das Erbrecht selbst entschied, sondern durch Ausstellung eines Erbscheins nur eine Vermutung für das Erbrecht des im Erbschein Benannten schaffen sollte, also dieses Recht selbst in keiner Weise berührte, eine Meinung vertraten, die das Testament antastete, so kann darin allein keine Anfechtung des Testaments selbst gesehen werden, mag man diesen Begriff so weit fassen, wie auch immer.

Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben. Der Rechtsstreit ist aber reif zur Endentscheidung. Daß der Antrag der Bekl., die Kl. ihres Amtes als Testamentsvollstreckerin zu entsetzen, keine „Anfechtung" des Testaments darstellt, hat das KG. mit Recht angenommen. Wenn die RevBekl. nun noch meint, die Bekl. hätten das Testament durch ihre Erklärungen gegenüber dem Nachlaßrichter in dem Erbscheinsverfahren sogar im gesetzestechnischen Sinne angefochten, so kann dem nicht gefolgt werden. Das Nachlaßgericht ist zwar die Stelle, der gegenüber die Anfechtung zu erklären ist (§ 1081 Abs. 1 BGB.), aber nicht jede Erklärung gegenüber dem Nachlaßrichter, die sich gegen ein Testament wendet, kann als eine Anfechtung, wie sie das BGB. meint, gelten. Wenn sich eine solche Erklärung weder als Anfechtung bezeichnet, noch nach ihrem Inhalt auf eine solche hinweist, so kann sie nicht als Anfechtung i. S. der §§ 2078 ff. BGB. angesehen werden, und dies ist erst recht nicht der Fall, wenn die Erklärung in einem Erbscheinsverfahren abgegeben worden ist, nur um einen bestimmten Rechtsstandpunkt darzutun.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 22. Okt. 1940, VII 25/40.) [N.]

5. RG. — §§ 463, 480 Abs. 2, 651 BGB. Bei Sachmängelhaftungsansprüchen aus einem Lieferungsvertrag ist in erster Linie zu prüfen, ob es sich um einen Kaufvertrag oder um einen Werklieferungsvertrag handelt. — Eine Arglist bei Vertragsschluß kann bei einer Gattungssache nur dann nach § 463 Abs. 2 BGB. einen Schadensersatz begründen, wenn die ganze Gattung einen Mangel hat. Sonst kann der Käufer nur Rechte aus § 480 BGB. herleiten.

Der Kl., der schon seit Anfang 1934 mit der Bekl. in Geschäftsverbindung stand, hat laut der Verkaufsbestätigung v. 16. Mai 1934 von der Bekl. für 120 000 *RM* Kabel gekauft, abzunehmen bis zum 15. Mai 1935. Die Bekl. hat daraufhin auch Kabel geliefert. Der Kl. beanstandet deren Beschaffenheit und behauptet, die Drähte seien mangelhaft, zum Teil ganz unbrauchbar gewesen. Die Bekl. habe arglistig gehandelt. Vier Firmen seien wegen der Mängel von langjährigen Verträgen zurückgetreten, und ihm sei dadurch ein Gewinn von 27 664 *RM* entgangen. Er klagt diese Summe nebst Zinsen ein.

Das LG. hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das RG. hob auf und verwies zurück.

Das OLG. sagt zunächst, die Klage sei ausschließlich auf die Bestimmung des § 463 Satz 2 BGB. gestützt, wonach der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, wenn der Verkäufer einen Fehler der verkauften Sache beim Kaufabschluß arglistig verschwiegen habe oder wenn er durch betrügliches Vorspiegeln des Nichtvorhandenseins von Mängeln oder des Vorhandenseins von Eigenschaften den Käufer zum Kaufe bewogen habe. Ein Schadensersatzanspruch wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften (§ 463 Satz 1 BGB.) komme nicht in Frage, da die Lieferungsbedingungen einen solchen Anspruch ausschlössen, auch eine Mängelrüge nicht rechtzeitig erhoben worden sei. In seinen weiteren Ausführungen sucht das BG. dann festzustellen, daß der verkaufte Draht schon zur Zeit des Kaufabschlusses Mängel gehabt habe, welche die Bekl. arglistig verschwiegen habe.

Diese Darlegungen sind grundlegend von Rechtsirrtum beeinflußt. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils hat der Kl. gemäß „Verkaufsbestätigung" vom 16. Mai 1934 von der Bekl. Draht für 120 000 *RM* „gekauft", abzunehmen bis zum 15. Mai 1935. Die erste Frage, die sich das OLG. hätte vorlegen müssen, war die, ob es sich um einen Kauf oder einen Werklieferungsvertrag handelt; denn die Bekl. ist eine Kabelfabrik, und ihre Lieferungsbedingungen sprechen ausführlich von „Betriebsstörungen, Materialmangel, Arbeiterausständen, Arbeitermangel" usw. (§ 651 BGB.). Diese Frage wäre allerdings ohne sachliche Bedeutung für die Entsch., wenn sich die Bekl. zwar auch zur Herstellung der Ware verpflichtet hätte, also Werklieferungsvertrag vorläge, wenn es sich aber um eine vertretbare Ware handelte, da in dem Falle die Vorschriften über den Kauf auch hinsichtlich der Sachmängelhaftung Anwendung finden (§ 651 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Dies ist wahrscheinlich; doch enthält sich das OLG. jeder Feststellung in dieser Richtung. Läge ein Kauf vor oder ein Werklieferungsvertrag, der eine vertretbare Sache zum Gegenstand hat, so daß die Vorschriften über die Haftung für Mängel beim Kauf anzuwenden sind, so wäre nach dem Gesetz auch § 463 Satz 2 BGB. nicht ausgeschlossen. Er setzt aber voraus, daß eine nicht nur gattungsmäßig bestimmte Sache Gegenstand des Vertrages ist, die schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vorhanden ist. Handelt es sich um eine Gattungssache, so kommt nicht § 463, sondern § 480 Abs. 2 BGB. in Frage, d. h. der Käufer oder Besteller hat einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wenn der Verkäufer oder Unternehmer einen zur Zeit des Gefahrübergangs bestehenden Mangel arglistig verschwiegen hat. Es kommt also dann nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sondern auf den des Gefahrübergangs an. Auch hierüber läßt sich das OLG. nicht aus. Eine Arglist bei Vertragsschluß könnte in einem solchen Falle höchstens dann nach § 463 Satz 2 BGB. einen Anspruch auf Schadensersatz begründen, wenn die ganze Gattung einen Mangel hätte, den der Verkäufer oder Unternehmer arglistig verschwiegen hätte, oder wenn er, was dem mit Recht vom BG. gleichgestellt worden ist, das Fehlen von Mängeln oder das Vorhandensein von Eigenschaften arglistig vorgespiegelt hätte. War aber die Sache, die Gegenstand des Vertrages war, zur Zeit des Vertragsschlusses noch nicht vorhanden, so kann § 463 BGB. ebenfalls nicht ohne weiteres anwendbar sein; denn diese Bestimmung stellt es nur auf die Zeit des Kaufabschlusses ab, zu dieser Zeit kann aber ein Mangel nicht arglistig verschwiegen worden sein, wenn die angeblich mangelhafte Ware selbst zu der Zeit überhaupt noch nicht vorhanden war. Höchstens dann wäre vielleicht § 463 BGB. die einschlägige Bestimmung, wenn der Unternehmer, der die Ware herstellen und liefern soll, weiß, daß er die Ware nicht fehlerfrei herstellen kann. Daß es sich hier nicht etwa lediglich um Draht handelt, den die Bekl. auf Lager hatte, ergibt sich daraus, daß gemäß dem Vertrage auch Draht geliefert worden ist, der unter der Geltung der VO. v. 15. Aug. 1934, also nach Vertragsschluß, hergestellt worden ist. Vergeblich bemüht sich deshalb das OLG., festzustellen, daß zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhandene Mängel arglistig verschwiegen worden wären. Zu dieser Zeit konnten Mängel an einer erst später hergestellten Ware nicht vorhanden sein, also auch nicht arglistig verschwiegen werden.

Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das BG. zurückzuverweisen. Wenn es, wie anzunehmen, zu dem Ergebnis gelangt, der Gegenstand des Vertrages sei eine Gattungsware, so daß § 480 Abs. 2 BGB. zur Anwendung kommt, wird es festzustellen haben, ob eine bestimmte Person, deren Verhalten die Bekl. zu vertreten hat, zur Zeit des Gefahrübergangs arglistig gehandelt hat; die allgemeine Feststellung, die Bekl. habe arglistig gehandelt, würde nicht genügen. Der Bekl. bleibt es ferner unbenommen, ihr weiteres Vorbringen in der RevInst. im zweiten Rechtszuge zu wiederholen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 15. Okt. 1940, VII 8/40.) [N.]

*

6. RG. — § 651 BGB. Darin, daß eine bestimmte Leistungsfähigkeit nicht nur des zu liefernden Werks als solchen, sondern der gesamten Anlage, für die das Werk bestimmt ist, zugesichert wird, kann eine besondere Garantie für einen über die Vertragsmäßigkeit des Werkes hinausgehenden Erfolg liegen. Das ist jedoch — nach der in der Entscheidung in reichem Maße angeführten Rspr. des RG. — nur dann der Fall, wenn der garantierte Erfolg erkennbar ein anderer und weiterer ist als die bloße Vertragsmäßigkeit des Werkes selbst, mag auch die zugesicherte Eigenschaft in dessen Leistungsfähigkeit im Rahmen einer Anlage bestehen. — Auch bei selbständigen Garantien, die sich auf den Erfolg erstrecken, bleibt zu prüfen, ob sich der Werklieferer nach dem Inhalt des Vertrages zu uneingeschränktem Schadensersatz, einschließlich der Deckung entgangenen Gewinnes, verpflichten wollte.

Der Oberingenieur H. ist der Erfinder einer „automatischen Warm-Mutternpresse". Zwecks erstmaliger Herstellung dieser Maschine trat er an die Kl. heran, die eine Maschinenfabrik in D. betreibt. Zur Finanzierung der Herstellung trat er zunächst mit der Firma T. in E. und dann auch mit dem Kaufmann P. in Verbindung. Diese schlossen mit H. unter dem 10. Dez. 1930 einen Gesellschaftsvertrag zur Ausnutzung und Verwertung der in Aussicht stehenden Patentrechte und Lizenzen des H. auf die genannte Erfindung; danach sollten T. und P. das erforderliche Kapital beisteuern und P. außerdem eine ihm gehörige GmbH., die Bekl., zur Ingangsetzung des Vorhabens zur Verfügung stellen; auf die Betriebsgesellschaft sollte H. seine Patente und Lizenzen für das Verfahren übertragen, für das er gegenüber den bisher bekannten Verfahren eine sechsfach gesteigerte Leistung bei etwa 20%iger Materialersparnis garantierte. H., der anfangs namens der Firma T. mit der Kl. verhandelt hatte, erhielt von dieser ein Bestätigungsschreiben vom 18. Nov. 1930. Nach weiteren Verhandlungen sandte die Kl., nachdem die Bekl. als Bestellerin neben den Konsorten eingetreten war, an alle Beteiligten zu Händen

von H. das endgültige Bestätigungsschreiben v. 19. Dez. 1930, das folgenden Wortlaut hatte:

„Unter Bezugnahme auf die mit Ihnen geführten Verhandlungen bestätigen wir, auf Grund der beigefügten Lieferungsbedingungen dankend in Auftrag genommen zu haben:

1 Automatische Warm-Mutternpresse eingerichtet für Einzelantrieb, ohne Motor und elektrisches Zubehör einschließlich einem Satz Werkzeuge für 7/8"-Muttern DIN 555 zum Preise von 15 000 RM. Die Maschine arbeitet mindestens mit 90 Touren und muß sich bei der Abnahme ergeben, daß mindestens das Vierfache der Leistung bisheriger Warm-Mutternpressen (8000 Stück je Schicht) erreicht wird. Außerdem ist die Materialersparnis nach diesem neuesten Patent auf den dünnen Lochputzen beschränkt, so daß anstatt wie bisher 30% bis 36% Abfall etwa 5 bis 6% entfallen; wir garantieren 10%. Die Maschine hat außerdem den Vorzug, die Facette gleichzeitig an die Mutter zu pressen und außerdem ist die Ausfallware weit sauberer als bisher bei handelsüblichen warmgepreßten Muttern. Vorgenannter Preis versteht sich frei N. einschließlich Verpackung. Die Lieferung der Maschine hat bis zum 15. April 1931 zu erfolgen. Die Zahlung hat wie folgt zu erfolgen: 1/3 sofort in bar ohne jeden Abzug (5000 RM erhalten), 1/3 bei Abnahme der Maschine in unseren Werkstätten, 1/3 drei Monate später in bar ohne Abzug. Die Abnahme in unserem Betrieb erfolgt derart, daß Stäbe teilweise erwärmt von Hand in die Maschine eingeführt werden. Wir verpflichten uns, zwei weitere Maschinen zum gleichen Preise zu liefern . . ."

Dem Bestätigungsschreiben lagen die Lieferungsbedingungen des Vereins Deutscher Werkzeugmaschinenfabriken e. V. v. 1. Jan. 1927 bei, in denen es u. a. heißt:

„5. Lieferzeit. ... Gerät der Lieferer nachweislich durch eigenes Verschulden in Verzug, so ist der Besteller berechtigt, eine Entschädigung zu beanspruchen, die den nachzuweisenden Schaden nicht übersteigt, höchstens aber 1/2% des Preises der rückständigen Lieferung für jede volle Woche der eingetretenen Verspätung, keinesfalls aber mehr als 3% betragen darf. Anderweitige Entschädigungsansprüche sowie das Recht des Bestellers, vom Vertrage zurückzutreten, sind in allen Fällen verspäteter Lieferung ausgeschlossen, soweit nicht eine vorsätzliche Verfehlung des Lieferers vorliegt.

7. Haftung für Mängel der Lieferung. Für Mängel der Lieferung haftet der Lieferer unter Ausschluß weiterer Ansprüche in der Weise, daß er alle diejenigen Teile unentgeltlich auszubessern oder nach seiner Wahl neu zu liefern hat, die innerhalb sechs Monaten seit dem Liefertage unbrauchbar oder ... schadhaft werden ... Voraussetzung der Haftung ist fehlerhafte Bauart oder mangelhafte Ausführung... Als Mangel im Sinne der Lieferbedingungen ist auch das Fehlen zugesicherter Eigenschaften anzusehen.

8. Recht des Bestellers auf Rücktritt. Der Besteller hat ein Rücktrittsrecht, wenn der Lieferer eine ihm gestellte angemessene Nachfrist für die Besserung eines von ihm zu vertretenden Mangels infolge Leistungsverzuges im Sinne der Lieferungsbedingungen fruchtlos hat verstreichen lassen, oder wenn die Ausbesserung oder die Beschaffung eines geeigneten Ersatzstückes unmöglich ist, oder wenn die Beseitigung eines dem Lieferer nachgewiesenen Mangels von ihm wegen eines unverhältnismäßigen Aufwandes oder grundlos und endgültig verweigert wird; alle anderen Ansprüche des Bestellers sind ausgeschlossen, insbes. alle weitergehenden Ansprüche auf Mängelbeseitigung, auf Wandlung oder Minderung sowie auf Ersatz von Schaden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Liefergegenstand selbst entstanden ist."

In dem Begleitschreiben an H., das die Kl. ihrem ersten Bestätigungsschreiben v. 18. Nov. 1930 beigefügt hatte, hatte sie diesem eine Beteiligung in Höhe von 4000 RM am Kaufpreis von 15 000 RM zugesagt und noch hinzugefügt: „Wir machen ausdrücklich darauf aufmerksam, daß wir nur Garantie übernehmen können für einwandfreie Werkstattarbeit. Wenn sich nach Fertigstellung der Maschine größere Mängel herausstellen sollten, die in der Konstruktion begründet sind, so geht die Abstellung dieser Mängel, die wir zu Selbstkosten berechnen, zu Ihren Lasten."

In Abweichung von der ursprünglichen Vereinbarung erklärte sich die Kl. damit einverstanden, daß die Abnahme der bestellten Maschine bei der Bekl. in N. stattfinden sollte, und zwar unter Inbetriebsetzung der ganzen Anlage mit dem von der Bekl. zu beschaffenden Wärmeofen; auch die erforderlichen Werkzeuge (drei Matrizen, das sechskantige Stempelpaar und die beiden Dorne) hatte die Bekl. zu beschaffen, da sie — wie die Kl. wenigstens behauptet hat — auf die Lieferung des im Bestätigungsschreiben v. 19. Dez. 1930 erwähnten Satzes Werkzeuge durch die Kl. nachträglich verzichtet hatte. Die Lieferung der Maschine erfolgte schließlich am 30. Jan. 1932. Die zur Vorbereitung der Abnahme mit ihr angestellten Versuche ergaben jedoch nach den nicht mehr beanstandeten Feststellungen der Vorinstanzen, daß die Maschine trotz wiederholter Nachbesserungen nicht längere Zeit in Betrieb gehalten werden konnte, ohne daß die Werkzeuge zu Bruch gingen, und daß es deshalb unmöglich war, in größerer Zahl Muttern von handelsüblicher Beschaffenheit mit ihr herzustellen. Während der Versuche und Abnahmeverhandlungen übersandte die Bekl. der Kl. auf deren dringenden Wunsch verschiedene Akzepte, u. a. ein Akzept v. 13. Nov. 1932 über 1521,80 RM, das am 13. Febr. 1933 fällig war, behielt sich dabei jedoch alle ihre Einwendungen wegen nicht ordnungsmäßiger Erfüllung vor. Im Jahre 1933 wurden die Versuche mit der Maschine eingestellt; die Bekl. sah sich genötigt, ihre Fabrikräume zu räumen, ließ hierbei jedoch die Maschine zurück, die dann von der Kl. zurückgeholt wurde.

Im Februar 1933 klagte die Kl. den Wechsel über 1521,80 RM im Wechselprozeß ein; sie erwirkte ein obsiegendes Vorbehaltsurteil. Im Nachverfahren erhob die Bekl. in Höhe von zunächst 1500 RM Widerklage, mit der sie Ersatz ihrer Aufwendungen, einschließlich der Anzahlung von 5000 RM, und ihres entgangenen Gewinns verlangte. Das LG. wies durch Teilurteil nunmehr die Klage wegen nicht gehöriger Erfüllung des Vertrages ab. Durch Urteil v. 20. März 1936, das rechtskräftig geworden ist, wies das BG. die Berufung der Kl. zurück auf Grund der Feststellung, daß die der Bekl. gelieferte Maschine infolge zu enger und verwickelter Bauart und der dadurch bedingten übermäßigen Beanspruchung der Werkzeuge unbrauchbar sei, daß ihr deshalb vertraglich zugesicherte Eigenschaften fehlten und daß die Kl. der Bekl. aus diesem Grunde zum Schadensersatz verpflichtet sei, keinesfalls aber selbst Vertragsansprüche geltend machen könne.

Im weiteren Verfahren vor dem LG. wegen der Widerklage erweiterte die Bekl. ihren Gegenanspruch mit Schriftsatz v. 27. Nov. 1935 auf 80 000 RM nebst Zinsen; sie stützte diesen Anspruch auf ihre vergeblich für die Maschine gemachten Aufwendungen in Höhe von angeblich 50 665,44 RM, auf die Vereinbarung einer Verzugsstrafe in Höhe von 29 250 RM und, gemäß Schriftsatz v. 29. Juni 1936, auch auf einen angeblichen Gewinnentgang von 45 000 RM für jede der ihr zugesagten Maschinen. Das LG. verurteilte die Kl. zunächst durch weiteres Teilurteil v. 30. Okt. 1936 zur Zahlung von 5000 RM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Wechsel; es handelt sich bei diesem Betrage um die von der Bekl. bei Vertragsschluß geleistete Anzahlung. Dieses Teilurteil wurde rechtskräftig. Ferner hat das LG. die Kl. durch ein drittes Teilurteil vom 9. April 1937 auf die Widerklage der Bekl. zur Zahlung weiterer 45 000 RM nebst Zinsen verurteilt wegen des auf entgangenen Gewinn gestützten Anspruchs. Das OLG. hat die hiergegen eingelegte Berufung zurückgewiesen.

Auf die Rev. der Kl. hob das RG. das Urteil des BG. mit folgender Begründung auf.

Die Bekl. verlangt mit ihrer Widerklage, um die es sich allein noch handelt, Ersatz für mehrere selbständige, auf verschiedenartigem Sachverhalt beruhende Schadensbeträge, die zusammen den mit der Widerklage geforderten Betrag übersteigen. Sie hat aber weder für jeden einzelnen Anspruch die Teilbeträge angegeben, die zusammen den Betrag des Widerklageantrages ausmachen,

noch die einzelnen Ansprüche derart in ein Abhängigkeitsverhältnis zueinander gebracht, daß die Reihenfolge, in der sie geltend gemacht werden, ersichtlich wäre. Ein solches Verlangen genügt jedoch nicht, wie der Senat bereits wiederholt ausgesprochen hat (vgl. RGZ. 157, 326 = JW. 1935, 1570 [16]; JW. 1938, 2766 [46]; 1939, 796 [27]; DR. 1940, 291 [15]), dem für eine Klage wesentlichen Erfordernis der bestimmten Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.). Wenn nun das LG. einzelne Teile dieser Ansprüche (den Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen in Höhe der geleisteten Anzahlung von 5000 *RM* und den Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns in Höhe von 45 000 *RM*) herausgegriffen hat, um über sie durch Teilurteile zu entscheiden, so ermöglicht dies freilich, da insoweit eine Verurteilung erfolgt ist, eine endgültige prozessuale Erledigung des davon betroffenen Teiles des Widerklageanspruchs, so daß wegen des von keiner Seite beanstandeten Verfahrensmangels eine Aufhebung der Vorentsch. nicht erforderlich ist. Da aber im vorl. Falle die Aufhebung des BU. aus anderen Gründen geboten ist, wird das BG. Gelegenheit haben, eine Klarstellung des Widerklageantrages in der angegebenen Richtung herbeizuführen.

Der zwischen den Parteien laut Bestätigungsschreiben v. 19. Dez. 1930 geschlossene Vertrag über die Lieferung der Warmmutternpresse wird vom BG. ohne weiteres als Werklieferungsvertrag über die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache (§ 651 BGB.) angesehen. Hiergegen ist, da die Beurteilung, die wenigstens teilweise von tatsächlichen Erwägungen abhängt, von keiner Seite angegriffen ist, aus Rechtsgründen nichts einzuwenden. Die Haftung der Kl. für etwaige Mängel des von ihr hergestellten Werkes wird daher grundsätzlich durch die §§ 633 ff. BGB. bestimmt. Eine Abnahme des Werkes durch den Besteller ist nicht Voraussetzung des Gewährleistungsanspruchs (vgl. RGRKomm. § 633 BGB. Anm. 1), so daß die zwischen den Parteien streitige Frage, ob eine Abnahme erfolgt ist, dahingestellt bleiben kann; es genügt, daß die Kl. das von ihr hergestellte Werk der Bekl. erfüllungshalber geliefert hat; dies ist unstreitig der Fall.

An seiner Auffassung, daß die Kl. in dem Bestätigungsschreiben v. 19. Dez. 1930 bestimmte Zusicherungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Maschine gegeben habe, hält das BG. auch in dem neuen, mit der vorl. Rev. angef. Urteil fest, und es nimmt auf die hierfür im Urteil v. 20. März 1936 gegebene Begründung Bezug. In einem Punkte geht es jedoch noch darüber hinaus. Während es bisher als selbstverständlich angenommen hatte, daß die Haftung der Kl. sich nur auf ihr eigenes Werk erstrecken könne, also nicht auf den Ofen und die Werkzeuge, die von ihr nicht zu liefern waren, gelangt es jetzt zu der als „Klarstellung“ der bisherigen Auffassung bezeichneten Annahme, daß die Kl., da sich die von ihr versprochenen Leistungen nur durch das Zusammenwirken der Presse mit dem Ofen und den Werkzeugen verwirklichen ließen, damit einen Erfolg zu gewährleisten sich verpflichtet habe, der über die bloße Vertragsmäßigkeit ihrer Leistung hinausgehe, und daß es sich daher um die Übernahme einer selbständigen Garantie für die Leistungsfähigkeit der gesamten Anlage im Sinne der Rspr. (RGZ. 146, 121 = JW. 1935, 923 [5]; RG.: LZ. 1926, 821 Nr. 6 und in JW. 1921, 828 [3]) handele. Zu dieser Annahme sieht es sich veranlaßt durch die auf das Gutachten des Sachverständigen K. gestützte Feststellung, daß das Versagen der Presse, abgesehen von der bisher als alleinigen Grund angesehenen zu engen und verwickelten Bauart, entscheidend darauf zurückzuführen sei, daß die Werkzeuge der Beanspruchung nicht standhielten und daß es einen Stahl von genügender Härte zur Herstellung von Werkzeugen, die solcher Beanspruchung gewachsen wären, zur Zeit noch nicht gebe, sowie daß die Mutternpresse notwendigerweise auch dann versagt hätte, wenn alle sonstigen Teile der Maschine vollkommen einwandfrei und ohne Störung gearbeitet hätten, da die heute bekannten Werkzeugstähle das ununterbrochene Arbeiten nicht aushielten. Aus der nach der Ansicht des BG. übernommenen Garantie für die Leistungsfähigkeit der Anlage in Verbindung mit dieser Feststellung glaubt es ohne weiteres die Schadensersatzpflicht der Kl. herleiten zu können. Hierbei läßt es ausdrücklich dahingestellt, ob die Kl. auch dann schadensersatzpflichtig wäre, wenn die Nichterreichung des Erfolges ausschließlich auf Mängel der von ihr nicht gelieferten Teile der Anlage (des Wärmeofens und — nach der jetzt bestrittenen Behauptung der Kl. — auch der Werkzeuge) zurückzuführen wäre; nach seiner Meinung genügt es, daß jedenfalls die Bauart und die Arbeitsweise der Presse ursächlich dafür ist, daß Werkzeuge, mit denen die versprochenen Leistungen erzielt werden könnten, aus einem Stahl hergestellt werden müßten, den es zur Zeit noch nicht gibt. Die Feststellung des BU. v. 20. März 1936, daß die Kl. nicht nur gewisse Eigenschaften des von ihr zu liefernden Werkes zugesichert (§§ 633, 635 BGB.), sondern darüber hinaus eine Gewähr für die in den Bestätigungsschreiben im einzelnen aufgezählten Leistungen der Presse übernommen hat, erhält nach Ansicht des BG. eine wesentliche Stütze durch den jetzigen Hinweis darauf, daß die Kl. nicht nur die Vertragsmäßigkeit ihres eigenen Werkes, sondern den Erfolg der ganzen Anlage, für die das Werk bestimmt war, gewährleistet habe. Denn wenn die Kl. verspreche, daß die aus Presse, Werkzeugen und Ofen bestehende Anlage mindestens das Vierfache der Leistungen bisheriger Warmmutternpressen erreichen werde („muß sich bei der Abnahme ergeben, daß . . .“), wenn sie einen Höchstabfall von 10% „garantiert“ usw., so könne das gar keinen anderen Sinn haben als daß sie nicht nur aus dem Werklieferungsvertrage zur Herstellung einer Presse mit bestimmten Eigenschaften verpflichtet sein wolle, sondern daneben durch besondere Vereinbarung einen genau festgelegten Erfolg im Sinne einer unbedingten Garantie gewährleisten wolle. Infolge der Haftung der Kl. aus dieser selbständigen Garantie, für die die gewöhnliche Verjährung von 30 Jahren gilt, entfällt nach Ansicht des BG. auch die Einrede der Verjährung; es unterläßt deshalb eine Prüfung der Frage, ob diese Einrede gegenüber dem gewöhnlichen, einer sechsmonatigen Verjährung unterliegenden Gewährleistungsanspruch (§ 638 BGB.) durchgreifen würde.

Die Rev. hebt zutreffend hervor, daß eine bei Abschluß eines Werklieferungsvertrages übernommene „Garantie“ eine dreifache Bedeutung haben kann.

a) Es kann sich um die gewöhnliche Zusicherung einer Eigenschaft des Werkes handeln ohne die ausdrückliche Zusage, für die Vertragsmäßigkeit des Werkes unbedingt einstehen zu wollen; in diesem Falle steht dem Besteller ein Schadensersatzrecht nur zu, wenn das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft auf einem von dem Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht (§ 635 i. Verb. m. § 633 Abs. 1 BGB.); vgl. hierzu RGZ. 71, 174.

b) Der Unternehmer kann die Haftung dafür, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften hat, in der Weise übernehmen, daß er für die Vertragsmäßigkeit seines Werkes unbedingt einzustehen sich verpflichtet (vgl. WarnRspr. 1915 Nr. 79; SeuffArch. 76 Nr. 80).

c) Endlich kann er auch die selbständige Garantie für einen über die Vertragsmäßigkeit des Werkes hinausgehenden Erfolg übernehmen (vgl. RG.: JW. 1919, 241 [5]; 1921, 828 [3]; LZ. 1926, 821 Nr. 6 = JW. 1926, 2526 [1]; JW. 1939, 38 [19] = SeuffArch. 93 Nr. 69 S. 176; vgl. auch RGZ. 146, 124 = JW. 1935, 923 [5], wo es sich allerdings um einen Kaufvertrag handelt).

Hiervon geht auch das BG. aus. Während es sich in seinem ersten Urteil v. 30. Mai 1934 über die Art der von ihm angenommenen Garantie überhaupt nicht weiter geäußert hatte, hat es in seinem zweiten Urteil vom 20. Mai 1936 ausdrücklich hervorgehoben, daß es nicht eine gewöhnliche Zusicherung von Eigenschaften (Fall a), sondern ein Garantieversprechen im eigentlichen Sinne annehme, und zwar ein solches, das sich nur auf das eigene Werk der Kl. beziehe (Fall b). In seiner jetzt mit der Rev. angegriffenen Entsch. vertritt es jedoch den Standpunkt, daß es sich um eine selbständige Garantie für einen über die Vertragsmäßigkeit des eigenen Werkes hinausgehenden Erfolg handele (Fall c). Der Rev. ist zuzugeben, daß hierin nicht nur eine „Klarstellung“ der früher vertretenen Auffassung, sondern eine in einem wesentlichen Punkte (grundlegend) andere Beurteilung liegt.

Der Rev. ist darin beizustimmen, daß die Annahme des BG., es liege eine selbständige Garantie der zu c ge-

nannten Art vor, auf einer Verkennung des Begriffes der selbständigen Garantie beruht. Das BG. folgert aus der Aufzählung der Leistungen, die mit der Warmmutternpresse erzielbar sein sollten, in dem Bestätigungsschreiben (das Vierfache der Leistung bisheriger Warmmutternpressen, also 32000 Stück je Schicht, Materialersparnis von 10%, besondere Sauberkeit der Ausfallware) in Verbindung mit dem Umstande, daß die Leistungen der Presse nur durch deren Zusammenwirken mit dem Ofen und den Werkzeugen, also im Rahmen der gesamten Anlage erzielt werden konnten, ohne weiteres, daß über die Leistungsfähigkeit der Presse selbst hinausgehend eine bestimmte Leistungsfähigkeit der gesamten Anlage, für die das Werk bestimmt ist, und damit ein bestimmter (wirtschaftlicher) Erfolg im Sinne einer unbedingten Garantie für diesen Erfolg habe gewährleistet werden sollen, es meint, der Hinweis auf die Leistungsfähigkeit der Presse könne dem Zusammenhange nach gar keinen anderen Sinn haben als diesen. Dies ist nicht richtig. Gewiß kann darin, daß eine bestimmte Leistungsfähigkeit nicht nur des zu liefernden Werks als solchen, sondern der gesamten Anlage, für die das Werk bestimmt ist, zugesichert ist, die besondere Garantie für einen über die Vertragsmäßigkeit des Werkes hinausgehenden Erfolg liegen. Dies ist jedoch nach der angeführten ständigen Rspr. nur dann der Fall, wenn der garantierte Erfolg erkennbar ein anderer und weiterer ist als die bloße Vertragsmäßigkeit des Werkes selbst, mag auch die zugesicherte Eigenschaft in dessen Leistungsfähigkeit im Rahmen einer Anlage bestehen. So ist es hierfür z. B. nicht als genügend angesehen worden, wenn bei einer Kanaltrocknungsanlage „tadelloses Funktionieren und tadelloses Trocknen innerhalb acht Stunden“ garantiert ist (RGZ. 58, 179), wenn bei einer Kühlanlage deren „tadelloses Funktionieren, eine reine trockene Luft, reine trockene Wände und Boden sowie eine Temperatur von etwa plus 4° R.“ garantiert ist (RGZ. 71, 174), wenn bei einer Fabrikpumpe zugesichert ist, daß sie bei den dortigen Wasserverhältnissen in der Minute 800 Liter eisenoxydhaltendes Brunnenwasser ohne Betriebsstörung zu fördern vermöge (RG.: JW. 1912, 289), wenn bei einem Kalander die Gewähr dafür übernommen ist, daß die Maschine für einen Kraftbedarf von 70 PS ausreicht (RG.: LZ. 1926, 821 Nr. 6 = JW. 1926, 2526 [1]), wenn bei einer zu errichtenden Gasreinigungsanlage, die zur Entstäubung von Abgasen eines Schachtofens dienen soll, die Erreichung eines „durchschnittlichen Reinheitsgrades von 98% der im Rohgas enthaltenen Schwebeteile“ unter der Voraussetzung zugesagt ist, daß „der mittlere Staubgehalt 5—6 g/cbm Gas beträgt und diese eine Temperatur von etwa 80—100° C am Filtereintritt besitzt (RG. VII 323/33 v. 16. März 1934), oder wenn bei einer fahrbaren Betonmisch- und -förderanlage neben der sach- und fachgemäßen Ausführung der gesamten Anlage sowie jeglicher ihrer Einzelteile „die Erzielung der gewünschten Dauerleistungen, insbes. die Erzielung einwandfreier Betonmischungen in den verschiedenen, nach Wunsch einstellbaren Mischungsverhältnissen und die genügende Stärke aller Motoren“ garantiert ist (RG. II 152/36 v. 8. Dez. 1936). Denn in allen diesen Fällen hängt die Erreichung des versprochenen Leistungserfolges so gut wie ausschließlich von der Beschaffenheit der zu liefernden Maschine oder Anlage selbst ab und wird, soweit andere Voraussetzungen hinzutreten, deren normale Beschaffenheit vorausgesetzt, aber kein Gewicht darauf gelegt, daß der Unternehmer (Lieferer) auch hierfür einstehen soll. Anders lag die Sache im Falle JW. 1919, 241 [6], wo das RG. das Vorliegen einer selbständigen Garantie bejaht hat; dort war ein nach Zeichnungen herzustellender Ringofen bestellt, der unter Benutzung der vom Unternehmer zu liefernden Maschinen die fabrikmäßige Herstellung von Steinen aus Blintendorfer Schiefer ermöglichen sollte, und der Unternehmer hatte die Gewähr dafür übernommen, daß „bei ordnungsmäßigem Betriebe jährlich 5 Millionen zu einem Durchschnittspreis von 22 ℳ für das Tausend verwertbare Steine mit einem jährlichen Verdienst von rund 49000 ℳ hergestellt werden können“; diese Zusicherung ging wesentlich über die Leistungsfähigkeit des Werkes hinaus, weil der garantierte Erfolg nicht nur von dem Werk selbst, sondern daneben von besonderen, nicht ohne weiteres feststehenden wirtschaftlichen Verhältnissen abhing. Im Falle JW. 1921, 828 [3] beruht die Annahme einer selbständigen Garantie darauf, daß als besonderer Erfolg des Einbaus des zu liefernden Werkes (8 Generatoren) in die bereits vorhandene Generatorenanlage des Bestellers ein gewisser, gegen früher ermäßigter Kohlenverbrauch versprochen war. Ähnlich lag die Sache auch in dem in JW. 1939, 38 [19] erörterten, vom VII. ZivSen. behandelten Falle, wo für eine Verdampfungsanlage des Bestellers, die zur Salzerzeugung durch Verdampfung der Sole diente, zwei Röhrenvorwärmer geliefert werden sollten und der Unternehmer nicht nur die Garantie für „gute Konstruktion und sachgemäße Ausführung“ übernommen hatte, sondern außerdem noch eine besondere „Garantie für die verlangte Leistung“, nämlich dafür, daß eine Wärmedurchgangszahl von 580 Wärmeeinheiten erreicht wird und daß in dem einen Vorwärmer die Sole um 70° C, in dem anderen um 50° erwärmt wird; hier hatte das BG. daraus, daß die beiden Vorwärmer in eine vorhandene Anlage einzubauen waren und daß die Erfolgsgarantie ersichtlich neben die Leistungsgarantie gestellt war, entnommen, daß ein selbständiger wirtschaftlicher Erfolg habe garantiert werden sollen, und das RG. hat diese Vertragsauslegung als rechtlich einwandfrei gebilligt. Im vorl. Falle sind jedoch nur gewisse Leistungen der zu liefernden Warmmutternpresse selbst versprochen worden und ist, jedenfalls aus dem Wortlaut des Bestätigungsschreibens, nicht erkennbar, daß der danach zu erreichende Leistungserfolg noch von anderen Umständen als der zu liefernden Maschine abhing. Insbes. spielt hierbei, soweit wenigstens bisher ersichtlich ist, der vom BG. besonders hervorgehobene Wärmeofen, der vom Besteller zu beschaffen war, überhaupt keine Rolle, da dieser noch gar nicht vorhanden war und die Parteien offenbar voraussetzten, daß dieser den nach seiner Zweckbestimmung normalerweise zu stellenden Anforderungen entsprechen werde. Die späteren Schwierigkeiten sind nach der Feststellung des BG. auch nur dadurch entstanden, daß die bei der Inbetriebnahme zu verwendenden Stahlwerkzeuge (Matrizen, Stempel und Lochdorne) der besonders starken und andauernden Beanspruchung der Maschine nicht standhielten, weil es einen genügend harten Stahl, der dem gewachsen wäre, zur Zeit noch nicht gibt. Von einer besonderen Garantierung eines über die Vertragsmäßigkeit des Werkes hinausgehenden Erfolges könnte insofern höchstens dann die Rede sein, wenn die Parteien ersichtlich davon ausgegangen wären, daß der Erfolg nicht nur durch die Konstruktionsbeschaffenheit und Leistungsfähigkeit des zu liefernden Werkes, sondern daneben durch besondere weitere Umstände, insbes. durch die Widerstandsfähigkeit der zu verwendenden Werkzeuge im andauernden Betrieb der Maschine bedingt ist. Dergleichen ist jedoch aus dem Bestätigungsschreiben in keiner Weise ersichtlich, und auch sonst sind keine Feststellungen in dieser Richtung getroffen worden. Vielmehr scheint die ausreichende Widerstandsfähigkeit des Werkzeugstahls bei der Aufgabe der Bestellung von keiner Seite angezweifelt, also beiderseits als selbstverständlich vorausgesetzt worden zu sein. Hierauf deutet insbes. auch der Umstand hin, daß im Bestätigungsschreiben die Abnahme des bestellten Werkes im Betrieb der Kl. (Herstellerin) in der Weise vorgesehen ist, daß „Stäbe teilweise erwärmt von Hand in die Maschine eingeführt werden“, und daß außerdem gesagt ist, es müsse sich „bei der Abnahme ergeben, daß mindestens das Vierfache der Leistung bisheriger Warmmutternpressen (8000 Stück je Schicht) erreicht wird“. Bei einer in dieser Weise in Aussicht genommenen Abnahme ohne den gerade erst durch den Wärmeofen ermöglichten Dauerbetrieb konnte aber nur die Leistungsfähigkeit der Presse selbst, keinesfalls auch die Widerstandsfähigkeit der zu verwendenden Werkzeuge erprobt werden. Wenn nun auch diese Vertragsbestimmung später abgeändert und die Abnahme in den Betrieb der Bekl. (Bestellerin) verlegt worden ist, so ist doch hieraus nicht etwa zu entnehmen, daß dabei die Garantie in ihrer Art habe verschärft werden sollen. Im übrigen bildeten auch die Werkzeuge, wenigstens nach der im Bestätigungsschreiben niedergelegten Bestellung, einen Teil der von der Kl. übernommenen Lieferung, wenn auch nur hinsichtlich eines Satzes von

bestimmten Ausmaßen; daher würde auch die Zusicherung der Geeignetheit dieser Werkzeuge für die Erzielung der versprochenen Leistung insoweit nur einen Teil des Vertragswerkes selbst zum Gegenstand haben; mag auch, wie die Kl. selbst behauptet hat, die Bekl. auf die Mitlieferung des Satzes Werkzeuge verzichtet haben, so ist doch auch insoweit nicht anzunehmen, daß dadurch die Garantie ihrer Art nach habe verschärft werden sollen.

Aus diesen Gründen entbehrt die Feststellung des BG., daß die Kl. einen über die Vertragsmäßigkeit ihres eigenen Werkes hinausgehenden besonderen Erfolg garantiert habe, einer ausreichenden tatsächlichen Grundlage. Was das BG. sonst noch zur Unterstützung seiner Auffassung anführt, dient nur der Darlegung, daß seiner Annahme weder der spätere Briefwechsel noch das spätere Verhalten der Parteien noch das Beweisergebnis noch die damalige Wirtschaftslage noch der Inhalt der Lieferungsbedingungen entgegensteht.

Aber selbst wenn es sich um eine selbständige Garantie handeln sollte, so würde sich doch daraus noch nicht ohne weiteres oder gar, wie das BG. anzunehmen scheint, zwingend ergeben, daß die Kl. im Falle der Nichterreichung des garantierten Erfolges der Bekl. zum Schadensersatz und sogar zum uneingeschränkten, auch auf den entgangenen Gewinn ausgedehnten Schadensersatz verpflichtet ist. Gewiß ist dies in der Regel als die Folge einer solchen Garantieübernahme anzusehen. Der aus den Umständen des Falles zu entnehmende Vertragszweck, insbes. die beiderseitige Interessenlage, kann aber auch etwas anderes ergeben. Für die Beurteilung dieser Auslegungsfrage kann vor allem auch den zum Vertragsinhalt erhobenen allgemeinen Lieferungsbedingungen, die die Haftung für Mängel des Werkes einschließlich zugesicherter Eigenschaften (Nr. 7 Abs. 7) einschränken, eine besondere Bedeutung zukommen; hieraus kann nämlich unter Umständen entnommen werden, daß die Kl. auch im Rahmen eines besonderen Garantievertrages keine weitergehende Haftung übernehmen wollte. Das BG. lehnt die Berücksichtigung der Lieferungsbedingungen bei der Auslegung ab, indem es sagt: Eine so außergewöhnliche Abrede, wie die Übernahme einer unbedingten Gewährleistung durch besonderen Vertrag, könne durch gedruckte Lieferungsbedingungen nicht außer Kraft gesetzt werden. Es geht anscheinend von der irrigen Auffassung aus, daß eine Garantie, besonders eine selbständige Garantie, falls die Zusage sich nicht verwirklicht, notwendigerweise einen Schadensersatzanspruch auslöse. Hierbei verkennt es jedoch, daß man auch die Wirkung einer Garantie, und zwar auch die einer selbständigen Garantie, vertraglich beschränken kann auf die Gewährung eines Rücktrittsrechts oder eines Anspruchs auf Ersatz von Aufwendungen. Von einem „Widerspruch" der Lieferungsbedingungen mit den aus dem Bestätigungsschreiben ersichtlichen Erklärungen oder davon, daß die Lieferungsbedingungen auf einen Fall wie den vorliegenden, in dem der Unternehmer im Ergebnis eine Haftung für die Brauchbarkeit einer durch Herstellung einer Maschine erstmalig zu verwirklichenden Erfindung übernommen hat, überhaupt nicht passen, wie das BU. v. 20. März 1936 meint, kann somit keine Rede sein. Richtig ist nur, daß der Fall der selbständigen Garantie in den Lieferungsbedingungen nicht besonders geregelt ist. Gleichwohl läßt aber das, was hier über die Mängelhaftung gesagt ist, unter Umständen Schlüsse auf die vertragliche Einschränkung der Haftung auch hierfür zu.

Nach der Feststellung des BG. im Urteil v. 20. März 1936, die sich das jetzt angegriffene BU. zu eigen macht, erklärt sich die Garantieübernahme der Kl. daraus, daß die Kaufleute P. und T., die für die Bekl. das Geld zum Bau der noch unerprobten Maschine hergeben sollten, hierbei nicht die Gefahr laufen wollten, ihr Geld zu verlieren. Dem konnte aber schon dadurch Genüge geschehen, daß die Bekl. eine den erwarteten Anforderungen nicht entsprechende Maschine nicht abzunehmen brauchte und daß ihr nach erfolgter Abnahme noch das Recht zum Rücktritt (Wandlung) blieb, wenn sich nachträglich die Nichterreichung des garantierten Erfolges herausstellen sollte. Falls dies wegen der zu erwartenden besonderen Aufwendungen nicht ausreichend erscheinen sollte, weil die Bekl., wie das BG. im Urteil v. 20. März 1936 sagt, auch davor geschützt sein wollte, daß sie die großen Aufwendungen für den Bau, die Unterbringung und den Betrieb der Maschine vergeblich machte, so ließe sich damit auch ein Anspruch auf Ersatz dieser Aufwendungen rechtfertigen; freilich bedurfte es hierfür, wie auch die Rev. geltend macht, noch einer näheren Prüfung, inwieweit solche Aufwendungen vor der Lieferung und Erprobung der Anlage wirklich notwendig waren und nach dem Vertrage mit ihnen gerechnet wurde. Auf alle Fälle muß aber sorgfältig erwogen werden, ob noch darüber hinaus bei einer den Anforderungen des § 157 BGB. entsprechenden Vertragsauslegung anzunehmen ist, daß der etwa garantierte Erfolg in einer Weise sichergestellt werden sollte, daß der Bekl. auch ein Anspruch auf entgangenen Gewinn zuzubilligen ist. Hierbei wird ins Gewicht fallen können, daß es sich, wie auch der Bekl. bekannt war, um eine noch in keiner Weise erprobte Konstruktion handelte und daß es, selbst bei dem von dem BG. hervorgehobenen Interesse der Kl. an der Erlangung des Auftrages, mit dem berechtigten Interesse der Kl. schwerlich vereinbar gewesen wäre, wenn sie die weitgehende, in ihren Folgen kaum übersehbare Gefahr auf sich genommen hätte, der Bekl. einen Gewinn zu gewährleisten. Dafür, daß eine so weitgehende Haftung schwerlich gewollt war, läßt sich gerade auch der Umstand heranziehen, daß die Kl. trotz der Eigenart des Sonderauftrages es für nötig gehalten hat, die ihre Haftung wesentlich einschränkenden allgemeinen Lieferungsbedingungen ausdrücklich zum Vertragsinhalt zu machen und die Besteller sich darauf eingelassen haben. Dies alles hat das BG. nicht genügend erwogen.

Andererseits kann das aus den Lieferungsbedingungen ersichtliche Bestreben der Kl., ihre Haftung auf ein für sie tragbares Maß zu beschränken, aber auch zur Auslegung des Vertrages in der Richtung herangezogen werden, daß es zu Zweifeln Anlaß geben kann, ob die Kl. überhaupt eine selbständige Garantie für einen über die Vertragsmäßigkeit ihrer eigenen Leistung hinausgehenden Erfolg hat übernehmen wollen. Auch dessen ist sich das BG. nicht bewußt gewesen, als es den Lieferungsbedingungen in diesem Zusammenhange jede Bedeutung absprach.

Hiernach hat das BG. aus Rechtsirrtum den Sachverhalt in mehrfacher Hinsicht nicht erschöpfend gewürdigt, so daß das BU. aus diesen Gründen aufzuheben war. Falls das BG. bei der danach erforderlichen erneuten Prüfung des Sachverhalts zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß die Kl. eine Gewähr nur für ihre eigene Leistung und für deren Erfolg übernommen habe, wird zu berücksichtigen sein, daß die Lieferungsbedingungen Schadensersatzansprüche wegen Mängel ihres Werks ausdrücklich auch insoweit ausschließen, als diese Mängel in dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften bestehen und auf der Bauart beruhen. Auch unterliegen derartige Ansprüche der sechsmonatigen Verjährung des § 638 BGB., so daß alsdann auch zu der Verjährungseinrede gegenüber dem erst im Jahre 1935 erhobenen Anspruch Stellung genommen werden mußte. Der zunächst bereits mit Schriftsatz v. 15. Juni 1933 in Höhe von 1500 *RM* geltend gemachte Widerklageanspruch ist bereits durch das rechtskräftig gewordene Teilurteil des LG. v. 30. Okt. 1936 über 5000 *RM* verbraucht. Deshalb wird es, falls der Anspruch der sechsmonatigen Verjährung des § 638 BGB. unterliegt, darauf ankommen, ob die Bekl. das Werk überhaupt abgenommen hat und, falls dies selbst verneint wird, wann sie die Abnahme des ihr gelieferten Werkes endgültig abgelehnt hat, weil weitere Erprobungsversuche und Nachbesserungen aussichtslos erschienen (vgl. hierzu auch § 639 Abs. 2 BGB. und RGZ. 128, 214/5 = JW. 1930, 701).

(RG., II. ZivSen., U. v. 28. Sept. 1940, II 23/40.) [N.]

*

7. RG. — §§ 823, 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf. Jede Amtsausübung ist Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf., sofern nicht die Betätigung im ganzen der Wahrnehmung bürgerlicher Interessen dient. Ein Beamter, der in Ausübung hoheitsrechtlicher Aufgaben am öffentlichen Verkehr teilnimmt, hat einem jeden anderen Verkehrsteilnehmer gegenüber die Amtspflicht, die

Verkehrsvorschriften zu beachten. — Eine unerlaubte Handlung i. S. des § 839 BGB. umfaßt alle sonstigen Tatbestände der §§ 823 ff. BGB. mit.

Der Kl. fuhr am 16. April 1938 mit seinem Kraftrad auf der Hauptverkehrsstraße M.—S. in Richtung S. In diese Straße mündet etwa rechtwinklig kurz nach der südlichen Stadtausfahrt aus M. vom Westen ein von dem dort belegenen Exerzierplatz kommender Pfad. Etwa gegenüber dieser Einmündung zweigt rechtwinklig ein Weg zu einem Gehöft ab. Der Kl. stieß beim Befahren dieser Kreuzung mit dem Postschaffner B. zusammen, der auf einem Fahrrad als Landzusteller sich in Ausübung seines Dienstes für die Reichspost befand. B. kam von dem Exerzierplatz und wollte die Hauptverkehrsstraße kreuzen, um zu dem Gehöft zu gelangen. Sowohl der Kl. wie B. wurden erheblich verletzt. Der Kl. war längere Zeit arbeitsunfähig. Auch wurden beide Räder stark beschädigt.

Der Kl. nimmt die Bekl. (Reichspost) aus einer Verletzung der Amtspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt in Anspruch.

Beide Vorinstanzen haben zugunsten des Kl. erkannt.

Das RG. bestätigte.

In ihrem Hauptangriff bittet die Rev. um die Nachprüfung der Frage, ob Postschaffner B. bei der Briefzustellung in Ausübung öffentlicher Gewalt gehandelt habe. B. habe zwar als Briefzusteller eine hoheitsrechtliche Tätigkeit ausgeübt. Nicht jede hoheitsrechtliche Tätigkeit sei aber gleichzeitig Ausübung öffentlicher Gewalt. Schon das Beförderungsmonopol der Reichspost sei keine Zwangsgewalt. Jedenfalls aber habe die Reichspost bei Erledigung des Zustellungsgeschäftes keinerlei Zwangsbefugnisse. Ihre Fahrzeuge genössen keine Bevorzugung im Straßenverkehr.

Dieser Angriff ist unbegründet. Auch die Rev. geht davon aus, daß die Betätigung der Post bei der Briefzustellung Ausübung hoheitsrechtlicher Tätigkeit ist. Dann ist aber der von ihr gemachte Versuch, aus der hoheitsrechtlichen Tätigkeit einzelne Tätigkeitsakte herauszunehmen und darauf zu untersuchen, ob sie, für sich getrennt betrachtet, in den bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der Deutschen Reichspost eingeordnet werden können, ungerechtfertigt. Die Unzulässigkeit solcher Aufspaltung ist vom erk. Sen. in RGZ. 156, 230 = JW. 1938, 669 für die Sozialversicherung ausgesprochen und in RGZ. 158, 93 = JW. 1938, 2668 für die Geschäfte der Bekl. wiederholt worden. Daran ist festzuhalten. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu einer nicht tragbaren Rechtsunsicherheit führen. Es muß davon ausgegangen werden, daß jede Amtsausübung, jede dienstliche Betätigung eines Beamten des Reichs oder anderer öffentlicher Körperschaften, also auch die eines Beamten der Reichspost, der übrigens eine eigene Rechtspersönlichkeit gegenüber dem Reich nicht zukommt, Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf. ist, sofern nicht die Betätigung im ganzen der Wahrnehmung bürgerlicher Interessen dient, in ihr also die öffentlich-rechtliche Körperschaft mit anderen privaten Vermögensträgern auf der gleichberechtigenden Ebene des Privatrechts verhandelt (vgl. RGZ. 101, 355; 107, 271; 126, 28 [32]; 144, 267; 147, 278 = JW. 1935, 1930). Von diesen Grundsätzen ist auch die neue Entsch. des erk. Sen. v. 12. Juli 1940, III 160/39, die sich gleichfalls mit der Reichspost befaßt, ausgegangen.

Die Rev. wendet sich dann gegen die weitere Annahme des BG., daß einem Beamten, der in Ausübung hoheitsrechtlicher Aufgaben am öffentlichen Verkehr teilnimmt, eine jedem anderen Verkehrsteilnehmer gegenüber obliegende Amtspflicht treffe, die Verkehrsvorschriften zu beachten. Auch mit dieser Rüge setzt sich die Rev. in Widerspruch zu der ständigen Rspr. des RG., die noch zuletzt in der Entsch. RGZ. 158, 83 (93) des näheren begründet ist und von der abzugehen gleichfalls kein Anlaß vorliegt. Daß die Beachtung der Verkehrsvorschriften in Ausübung öffentlicher Gewalt zu den Amtspflichten der Beamten gehört, folgt einmal daraus, daß die in der Ausübung öffentlicher Gewalt angewandten Mittel — und dazu gehört dann auch die Teilnahme am öffentlichen Verkehr — streng in den notwendigen und gesetzlichen Schranken anzuwenden sind und daß nicht unberechtigt — auch nicht durch Fahrlässigkeit — in den Bereich Unbeteiligter eingegriffen werden darf, dann aber auch daraus, daß eine unerlaubte Handlung i. S. des § 839 BGB. alle sonstigen Tatbestände der §§ 823 ff. BGB. mitumfaßt, also im Bereiche der Ausübung öffentlicher Gewalt eine Inanspruchnahme der öffentlichen Körperschaft aus einer anderen Bestimmung der §§ 823 ff. BGB. nicht möglich ist.

Das BG. konnte rechtsirrtumsfrei ein mitverursachendes Verschulden des Kl. ausschalten. Die Geschwindigkeit des Kl. konnte hier als nicht überhöht angesehen werden. Ein Kraftfahrer auf einer Hauptverkehrsstraße braucht nicht so langsam zu fahren, daß er bei der Einmündung jedes an sich bedeutungslosen Feldweges in der Lage wäre, einen Zusammenstoß mit einem achtlos herausfahrenden Fahrzeug zu vermeiden (RGUrt. VI 232/37 v. 19. Febr. 1938, als Leitsatz abgedr. in JW. 1938, 1461 [11]). Das BG. verkennt auch nicht, daß der Kl. an sich die rechte Seite der Fahrbahn zu benutzen hatte (§ 8 Abs. 2 StraßVerkO.). Dies gilt aber nur, sofern nicht besondere Umstände dem entgegenstehen. Solche Umstände konnte das BG. bedenkenfrei dem Vorbeifahren des Kl. an einer Fußgängerin entnehmen. Das BG. brauchte auch darin kein Verschulden des Kl. zu sehen, daß er kurz vor dem Zusammenstoß weiterfuhr und nach links abbog. Der Kl. konnte davon ausgehen, daß B. sein Vorfahrtsrecht beachten würde und daß er, nachdem er dann später doch auf die Straße gefahren war, wenigstens auf der rechten Straßenseite halten und ihn vorbeilassen würde. Allerdings darf der Kraftfahrer ein verkehrswidriges Verhalten anderer Straßenteilnehmer nicht außer acht lassen, wenn er mit solchen Möglichkeiten rechnen muß, insbes., wenn ihm ein solches Verhalten in einem Zeitpunkt erkennbar wird, in dem er noch anhalten kann (vgl. z. B. RGUrt. VI 397/29 v. 27. März 1930: JW. 1930, 2945 [14]). Derartige Möglichkeiten entfallen jedoch nach dem festgestellten Sachverhalt.

(RG., III. ZivSen., U. v. 4. Okt. 1940, III 119/39.) [N.]

*

**** 8. RG. — § 839 BGB.; Art. 131 WeimVerf.**

1. Die Tätigkeit des Geschäftsführers einer Krankenkasse oder seines Stellvertreters ist, soweit sie sich innerhalb des eigentlichen öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereichs der Krankenkasse vollzieht, als solche hoheitlicher Art zu erachten.

2. Die Krankenkasse hat, wenn sie sich wegen des Krankenfalls eines Versicherten an den Vertrauensarzt wendet, nicht nur ihre eigenen Belange, sondern auch diejenigen des Versicherten zu beachten. Ein Verstoß der dazu berufenen Beamten gegen die Pflicht, dem Vertrauensarzt zur Vermeidung eines Fehlurteils die vollständigen Unterlagen über den Krankheitsfall zu unterbreiten, kann gem. Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. ihre Schadenspflicht gegenüber dem Versicherten begründen.

3. Der Vertrauensarzt, der im Dienst einer Landesversicherungsanstalt steht, erfüllt hoheitliche Aufgaben, wenn er begutachtend oder beratend für eine Krankenkasse tätig wird.

4. Der Kassenkranke erwirbt aus dem zwischen ihm und der Krankenkasse bestehenden Vertrage einen unmittelbaren im ordentlichen Rechtswege verfolgbaren Anspruch gegen den Kassenarzt auf sachgemäße ärztliche Behandlung, wie ein sonstiger Kranker gegen den ihn behandelnden Arzt. †)

Die Zulässigkeit der Rev., die von der beklagten Innungskrankenkasse in Zweifel gezogen worden ist, ist zu bejahen. Sie ist maßgeblich nach dem Gegenstand der erhobenen Klage zu beurteilen. Die Klage ist aber auf die Behauptung gestützt, daß der inzwischen verstorbene Ehemann und Vater der Kl., P., als Krankenversicherter infolge der Unterlassung von Maßnahmen, zu deren Vornahme die Angestellte Z. als stellvertretender Leiter der Bekl. und der Vertrauensarzt der Bekl. Dr. Sch. ihm gegenüber kraft ihres, mit hoheitlichem Charakter ausgestatteten, Amtes verpflichtet gewesen seien, einen gesundheitlichen Schaden erlitten habe. Damit ist der innere und äußere Tatbestand der Amtspflichtverletzung nach Art. 131 WeimVerf. i. Verb. m. § 839 BGB. schlüssig behauptet worden. Das BG. hat den Klageanspruch denn

auch mit unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft. Für den auf Art. 131 WeimVerf. mit § 839 BGB. gestützten Anspruch ist nach § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG. und § 547 Nr. 2 ZPO. die Rev. ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig.

Der so begründete Anspruch stellt sich zugleich als ein bürgerlich-rechtlicher i. S. des § 13 GVG. dar, der im ordentlichen Rechtswege verfolgbar ist. Es handelt sich nicht etwa um einen Anspruch gegen die beklagte Kasse, als Träger der Krankenversicherung (§§ 3, 225 RVO., Abschn. II Art. 3 § 1 des Ges. über den Aufbau der Sozialversicherung v. 5. Juli 1934 [RGBl. I, 577]), auf Leistungen aus der Krankenversicherung i. S. der §§ 179 und 1551 RVO., über den die Versicherungsbehörden zu entscheiden hätten, sondern um einen Schadensersatzanspruch, der sich nicht in diesen Leistungen erschöpft und für den die ordentlichen Gerichte zuständig sind. Ob der Anspruch neben den vorangeführten Bestimmungen, auch nach der neuen, unten zu erwähnenden Gestaltung des Krankenversicherungsrechts, rechtlich noch auf ein zwischen dem Versicherten und der Krankenkasse bestehendes öffentlich-rechtliches Verhältnis zu stützen sei, aus dem die Kasse nicht nur für Handlungen und Unterlassungen ihrer Angestellten, sondern gemäß dem in § 278 BGB. zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken auch für solche des Vertrauensarztes als ihres Erfüllungsgehilfen einzustehen habe (vgl. für das frühere Recht RGZ. 131, 67 [69 ff.] = JW. 1931, 1461 [6]), wie das BG. erwogen hat, ist im dritten Rechtszuge nicht nachprüfbar. Denn für den in solcher Weise begründeten Anspruch, der in bezug auf die Zulässigkeit der Rev. auch in Verbindung mit dem ersteren Anspruch keine Bevorzugung genießt (RGZ. 130, 401 = JW. 1931, 3116; RGZ. 140, 415 [418]), fehlt es bei dem unter der Revisionssumme von 10 000 *RM* liegenden Wert des Beschwerdegegenstandes an der Voraussetzung für die Zulässigkeit der Rev.

Hinsichtlich des auf Art. 131 WeimVerf. mit § 839 BGB. gestützten Anspruchs erhebt sich zunächst die Frage, ob in den schuldhaften Handlungen oder Unterlassungen des Geschäftsführers einer Krankenkasse (Leiters der Innungskrankenkasse) oder seines Stellvertreters eine Amtspflichtverletzung im Sinne dieser Bestimmungen liegen kann. Es ist anerkannten Rechtens, daß unter Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. des Art. 131 WeimVerf. nicht nur die Ausübung obrigkeitlicher Zwangsgewalt, sondern auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und Fürsorge zu begreifen ist (u. a. RGZ. 144, 262 [267] = JW. 1934, 1646 [5]; RGZ. 145, 182 [185] = JW. 1934, 3278 [15]). Nun besteht schon eine gewisse Zwangsgewalt der Krankenkasse gegenüber dem Versicherten, insofern als er den für die Krankenversicherung bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften und den darauf gegründeten Anordnungen der Krankenkasse unterworfen ist. Die im übrigen fürsorgerische Tätigkeit der Krankenkasse trägt, auf öffentlich-rechtlichem Gebiete sich bewegend, zumal nach der neueren Gestaltung des Versicherungs-, besonders des Krankenversicherungsrechts, auch einen hoheitlichen Charakter. Nach Abschn. II Art. 1 des Ges. über den Aufbau der Sozialversicherung v. 5. Juli 1934 sind die Träger der Kranken- und Rentenversicherung nach Maßgabe dieses Gesetzes zu einer einheitlichen Organisation verbunden worden. Während die Landesversicherungsanstalt nach Art. 2 § 1 Trägerin der Invalidenversicherung ihres Bezirks und Trägerin der Krankenversicherung für solche Aufgaben ist, die zweckmäßig gemeinsam durchgeführt werden (vgl. dazu die 3. VO. zum Aufbau der Sozialversicherung v. 18. Dez. 1934 [RGBl. I, 1266]), sind die Krankenkassen, neben der Seekrankenkasse, der Reichsknappschaft und den Ersatzkassen, nach wie vor die Träger der Krankenversicherung, die gleichzeitig auch die örtlichen Aufgaben der Invalidenversicherung für die Landesversicherungsanstalten durchführen (Art. 3 §§ 1 und 2 a. a. O.). In Art. 7 §§ 1 und 2 sind an die Stelle der früheren Vorstände der Krankenkassen Leiter gesetzt, bei den Innungskrankenkassen ein von der Innung (den Innungen) mit Zustimmung der Handwerkskammer berufener Meister oder Geselle. Nach Art. 2 §§ 2 und 3 der 9. VO. zur Neuordnung der Krankenversicherung v. 13. Juli 1935 (RGBl. I, 1024) kann der RArbM. (vgl. Abschn. V des Ges. v. 5. Juli 1934) die Beamten und Angestellten der Krankenversicherung zwischen den Trägern der Krankenversicherung, einschließlich der Kassenvereinigungen, regelmäßig ohne ihre Zustimmung versetzen, wenn die Belange des Dienstes es erfordern. Die 16. VO. zum Aufbau der Sozialversicherung betreffend die Rechtsverhältnisse der Bediensteten der Versicherungsträger v. 9. Juni 1938 (RGBl. I, 622), § 1, bestimmt, daß die Aufgaben der Träger der Reichsversicherung durch Beamte wahrgenommen werden, soweit die Voraussetzungen des § 148 Abs. 1 Satz 1 DBG. (RGBl. I, 39, 63) erfüllt sind, die zu besetzenden Dienststellen also die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben in sich schließen oder aus Gründen der Staatssicherheit nicht von Angestellten oder Arbeitern versehen werden dürfen. Nach § 3 derselben VO. werden die Beamten von dem RArbM. oder von einer anderen Stelle, an die er die Befugnisse übertragen kann, ernannt, in den Ruhestand versetzt und entlassen. In einem Runderlaß des RArbM. v. 27. Juni 1938, II a 8742/38, betr. Maßnahmen zur Durchführung der letzteren VO. (RVers. 1938, 204) ist hierzu ausgeführt: „Im Sinne des § 148 DBG. sei wesentlich für den Begriff der obrigkeitlichen Aufgaben das Merkmal der Überordnung des Staates über die einzelnen Staatsbürger. Jedoch brauche diese Überordnung nicht notwendig zur Ausübung eines staatlichen Zwanges zu führen; auch die Ausübung der staatlichen Fürsorge stelle vielmehr die Wahrnehmung obrigkeitlicher Aufgaben dar; die bei der Durchführung der reichsgesetzlichen Krankenversicherung notwendig erwachsenden und ihr eigentümlichen Aufgaben seien folglich Aufgaben obrigkeitlicher Art." Diese letzteren Bestimmungen und Kundgebungen sind zwar nach dem vorliegend in Betracht kommenden Krankheitsfall des P. ergangen; sie gestatten aber einen Rückschluß auf das Wesen der Neugestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung und den Charakter der von ihr zu erfüllenden Aufgaben.

Es bestehen danach keine Bedenken, jedenfalls die Tätigkeit des Geschäftsführers einer Krankenkasse (Leiters der Innungskrankenkasse) oder seines Stellvertreters, soweit sie sich innerhalb des eigentlichen öffentlich-rechtlichen Aufgabenbereichs der Krankenkasse vollzieht und also, wie es in dem Erlasse des RArbM. heißt, der Erfüllung der der Krankenversicherung eigentümlichen Aufgaben dient, als solche hoheitlicher Art zu erachten. Die Angestellten der Krankenkasse sind nun weiter zwar nicht als Beamte im staatsrechtlichen Sinne anzusehen, aber als „Beamte" i. S. des Art. 131 WeimVerf. und des § 839 BGB. gelten nach der Rspr. des RG. alle Personen, die der Staat oder eine dazu befugte Körperschaft mit öffentlicher Gewalt umkleidet (RGZ. 142, 190 [196] = JW. 1934, 109; RGZ. 151, 385 [386/387] = JW. 1936, 2975 [1]). Soweit also die Bekl. wegen der behaupteten schuldhaften Unterlassung der Angestellten Z. als stellvertretenden Leiters der Kasse in Anspruch genommen wird, ist der Klageanspruch mit Recht auf jene gesetzlichen Bestimmungen gestützt. Damit scheiden, was das BG. wohl verkannt hat, als Klagegrundlage die Bestimmungen der §§ 823 ff. mit §§ 39, 31 oder § 831 BGB., die Rechtsverhältnisse des bürgerlich-rechtlichen Verkehrskreises betreffen, aus (RGZ. 139, 149 [152]; = JW. 1933, 1189 [11]; RGZ. 151, 385/386; 154, 117 [123] = JW. 1937, 1706 [5]). Hinsichtlich des auf die letzteren Bestimmungen gestützten Anspruchs wäre auch das Urteil wegen Fehlens der Revisionssumme im Rechtszuge der Rev. nicht nachprüfbar.

Die sachliche Begründetheit des auf jene Rechtsgrundlage gestützten Klageanspruchs anlangend ist zunächst zu bemerken: Die Kl. werfen der Angestellten Z. vor, sie habe schuldhafterweise, sogar absichtlich, den Vertrauensarzt Dr. Sch. von dem Nachtragsgutachten des Dr. N. über die ernste Natur des Leidens des P. keine Kenntnis gegeben, und so verschuldet, daß dieser nicht die wahre Art des Leidens erkannt und bescheinigt habe, und daß P. infolgedessen nicht die bei dem Leiden unbedingt erforderliche Krankenhausbehandlung zuteil geworden sei, durch die die Verschlimmerung seines Leidens verhütet worden wäre. Die Bekl. glaubt, auf die behauptete Weise sei ihre Haftung schon deshalb nicht zu begründen, weil es im Ermessen der Krankenkasse liege, ob und inwieweit sie den Vertrauensarzt zu Rate

ziehen wolle, und es könne daher um so weniger von ihr verlangt werden, den Vertrauensarzt wiederholt um gutachtliche ärztliche Äußerung zu ersuchen. In § 369 b RVO. ist den Krankenkassen die Verpflichtung auferlegt worden, in den dort vorgesehenen Fällen eine Nachprüfung durch den Vertrauensarzt vornehmen zu lassen, der seinerseits nach Nr. II des unten noch zu erwähnenden Erlasses des R.- u. PrArbM. v. 30. März 1936, II a 3638/36 (RArbBl. IV, 107), der Krankenkasse beratend und begutachtend zur Seite zu stehen hat. Ob sie im einzelnen Falle den Vertrauensarzt angehen will, ist allerdings ihrem pflichtmäßigen Ermessen überlassen. Wenn sie sich jedoch an den Vertrauensarzt wendet und damit zu erkennen gibt, daß sie dessen sachverständige Ansicht für die weitere Behandlung des Krankheitsfalles benötigt, dann muß es als ihre Pflicht erachtet werden, dabei nicht nur die Belange der Kasse, sondern auch diejenigen des Versicherten, die ihr anvertraut sind, zu beachten. Denn dessen Belange können in starkem Maße davon berührt sein, insofern als die Art seiner Behandlung von der Stellungnahme des Vertrauensarztes, die zwar nicht für die Krankenkasse maßgebend, aber doch für die von ihr zu treffende Entsch. im gegebenen Falle naturgemäß bedeutsam ist oder jedenfalls sein kann, abhängig sein kann. So hat sie, was für den vorl. Fall besonders beachtlich ist, solchenfalls im besonderen dem Vertrauensarzt zur Vermeidung eines Fehlurteils die vollständigen ihr zur Verfügung stehenden Unterlagen über den Krankheitsfall zu unterbreiten. Ein schuldhafter Verstoß gegen diese ihre Pflicht durch ihren dazu berufenen Beamten (im oben erörterten Sinne) kann gem. Art. 131 WeimVerf. mit § 839 BGB. ihre Schadensersatzpflicht gegenüber dem Versicherten begründen.

Das BG. hat nun in dieser Hinsicht das Vorliegen einer schuldhaften Unterlassung der Angestellten Z. der Bekl. verneint. Die Ausführungen des BG. zu dieser Frage sind jedoch von Rechtsirrtum beeinflußt (wird ausgeführt).

Dieser Rechtsirrtum (§ 276 BGB.), den die Rev. mit Recht rügt, macht schon die Aufhebung des angef. Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das BG. notwendig, sofern nicht die unten noch zu erörternde Frage der Möglichkeit für die Kl., anderweitig Ersatz ihres Schadens i. S. des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu erlangen, eine andere Beurteilung erfordert. Es bleibt aber zunächst noch zu prüfen, ob das Urteil von Rechtsirrtum frei ist, soweit der Klageanspruch auf ein schuldhaftes Verhalten des Vertrauensarztes Dr. Sch. bei dessen Untersuchung und Begutachtung des P. gestützt ist. Mit der Neugestaltung des Krankenversicherungsrechts ist auch die Stellung des Vertrauensarztes und der Charakter der ihm obliegenden Aufgaben eine andere geworden. Während er früher in einem Dienstverhältnis zur Krankenkasse stand (vgl. §§ 10 ff., 28 ff. der Bestimmungen des RVA. über die Auswahl und das Dienstverhältnis des Vertrauensarztes v. 23. Dez. 1930 [RArbBl. 1931, IV, 4] in d. Fass. v. 18. Juli 1932 [RArbBl. IV, 418]) und, wenn er von dieser bei der Ermittlung und Feststellung der Voraussetzungen für die Leistungspflicht und den Leistungsumfang in den einzelnen Versicherungsfällen zu Rate gezogen wurde, auf sein Verhältnis zur Kasse die im bürgerlichen Recht entwickelten Grundsätze über den Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB.) entsprechend in Anwendung gebracht werden konnten (RGZ. 131, 67 [73] = JW. 1931, 1461[6]), steht er jetzt im Dienst der Landesversicherungsanstalt, und seine Tätigkeit erscheint, wie die der in der Krankenversicherung tätigen und mit den ihr eigentümlichen Aufgaben betrauten Beamten und Angestellten, als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 131 WeimVerf. Das lassen mit Deutlichkeit die im besonderen für den vertrauensärztlichen Dienst getroffenen neueren Bestimmungen erkennen. Nach Nr. 3 der bereits angeführten 3. VO. zum Aufbau der Sozialversicherung v. 18. Dez. 1934 zählt die Regelung des vertrauensärztlichen Dienstes zu den Gemeinschaftsaufgaben der Krankenversicherung, deren Durchführung nach Art. 2 § 1 des Ges. v. 5. Juli 1934 den Landesversicherungsanstalten übertragen worden ist. Über die Stellung des Vertrauensarztes und die ihm obliegenden Aufgaben verhält sich zunächst der schon oben erwähnte Erlaß des R.- u. PrArbMin. v. 30. März 1936. Nach Nr. III dieses Erlasses ist der Vertrauensarzt Beamter oder Angestellter der Landesversicherungsanstalt, und er steht in keinem Vertragsverhältnis zur einzelnen Krankenkasse. Diese hat er jedoch — gemäß der besonderen Eigenart des vertrauensärztlichen Dienstes — bei der Durchführung ihrer gesetzlichen und satzungsmäßigen Aufgaben zu unterstützen und zu beraten (vgl. dazu § 368 b Abs. 1 RVO., Nr. II des Erlasses), und die Zusammenarbeit zwischen ihnen ist durch eine Dienstanweisung zu regeln. Die näheren Bestimmungen über die Anstellung, Besoldung und Dienstverhältnisse der Vertrauensärzte sind sodann auf Grund des § 369 b Abs. 4 RVO. und gemäß Nr. III 5 des vorbezeichneten Erlasses unter dem 15. Juli 1936 und 29. Dez. 1938 von dem RVersA. getroffen worden (RArbBl. IV, 1936, 230; 1939, 40). Es werden darin hauptamtlich und nebenamtlich tätige Vertrauensärzte unterschieden. Auf das Dienstverhältnis der ersteren finden nach § 7 Abs. 1 die für Reichsbeamte geltenden Vorschriften entsprechend Anwendung, während dasjenige der nebenamtlich tätigen Vertrauensärzte auf einem mit dem Leiter der Landesversicherungsanstalt abzuschließenden Dienstvertrag beruht (§§ 14 und 15).

Der Vertrauensarzt erfüllt hiernach, im Dienst der Landesversicherungsanstalt stehend, hoheitliche Aufgaben in dem oben bezeichneten Sinne, wenn er begutachtend oder beratend für eine Krankenkasse tätig wird. Das hat jedenfalls grundsätzlich zu gelten; ob er im einzelnen Falle im besonderen Auftrag der Krankenkasse tätig werden kann, und ob alsdann die in der Entsch. RGZ. 131, 67 (69 ff.) = JW. 1931, 1461[6] über sein Verhältnis zur Krankenkasse und dem Kranken entwickelten Grundsätze Anwendung zu finden haben, muß unerörtert bleiben, da solcher Fall vorliegend offensichtlich nicht in Betracht kommt, die Bekl. den Vertrauensarzt vielmehr lediglich als Organ des versicherungsrechtlichen Gemeinschaftsdienstes in Anspruch genommen hat. In letzterem Falle ist die Haftung für etwaige schuldhafte Handlungen oder Unterlassungen des Vertrauensarztes bei der Ausübung seines Amts nach Art. 131 WeimVerf. mit § 839 BGB. zu beurteilen, und sie trifft denjenigen, in dessen Dienst er steht (RGZ. 137, 38/39 = JW. 1932, 3183[9]; RGZ. 140, 126/127 = JW. 1933, 1583[5]; RGZ. 152, 385 [388/389] = JW. 1937, 395[6]). Das BG. hat daher von diesem Rechtsstandpunkt aus die Haftung der Bekl. für ein etwaiges Verschulden des Vertrauensarztes Dr. Sch. bei der Untersuchung des P. und der Begutachtung seiner Arbeitsfähigkeit mit Recht verneint. Insoweit ist das Urteil frei von Rechtsirrtum. Die vom BG. noch erörterte Frage, ob und wieweit dem Vertrauensarzt bei der Untersuchung und Begutachtung des P. ein Verschulden zur Last zu legen ist, kann bei dieser Rechtslage ungeprüft bleiben. Würde übrigens ein schuldhaftes, für den Schaden der Kl. ursächliches Verhalten des Vertrauensarztes vorliegen, so berührte das die Frage der Haftung der Bekl. für das schuldhafte Verhalten ihrer Angestellten Z. nicht. Denn in diesem Falle würde es sich um zwei mitwirkende ursächliche schuldhafte Unterlassungen handeln, von denen die der Angestellten der Bekl. deren Haftung, die des Vertrauensarztes die Haftung der Landesversicherungsanstalt begründen würde. Es bestände dann eine Gesamthaftung beider nach § 840 Abs. 1 BGB.; die Berufung des einen Haftpflichtigen auf die Möglichkeit des Geschädigten, von dem anderen Haftpflichtigen Ersatz des Schadens zu erlangen (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB.), findet solchenfalls, wie schon in dem Urteil RGZ. 51, 258 (262) zu der Haftung aus § 839 BGB. ausgesprochen worden ist, nicht statt.

Zu der Haftung der Bekl. für das schuldhafte Verhalten ihrer Angestellten Z., bei dem es offenbar ein vorsätzliches Handeln verneinen will und ohne Rechtsirrtum verneint hat, hat das BG. nun noch erwogen, daß, wenn hier eine Verantwortung der Bekl. für ihre Angestellte an sich in Frage kommen sollte, sie doch nicht haften würde, weil die Kl. nicht dargetan hätten, daß sie auf andere Weise keinen Ersatz ihres Schadens zu erlangen vermöchten. Damit zielt es offensichtlich auf die eben erwähnte Bestimmung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. hin. Das Nichtbestehen einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit nach dieser Gesetzesbestimmung gehört allerdings

mit zur Grundlage der Klage aus Art. 131 WeimVerf. mit § 839 BGB. und ist daher von den Kl. darzutun. Die Frage kann aber in dem Rechtsstreit selbst abschließend geprüft werden (RGZ. 137, 20/21 = JW. 1932, 3256[9]; RGZ. 139, 343 [349] = JW. 1933, 1309[12]; Urteil des RG. v. 8. Dez. 1936, III 67/36: JW. 1937, 1321[14]). In dem Urteil ist in dieser Richtung nur kurz gesagt, die Kl. hätten dartun müssen, daß der Kassenarzt Dr. N. ihnen nicht schadensersatzpflichtig sei; dafür hätten sie aber nichts vorgebracht. Das kann bei dem gegebenen Sachverhalt in dieser Frage keinesfalls genügen. Zunächst ist zu bemerken: Der Kassenkranke tritt allerdings zu dem ihn behandelnden Kassenarzt in unmittelbare Rechtsbeziehungen; aus dem zwischen der Krankenkasse und dem Kassenarzt bestehenden Vertrage (§ 368 Abs. 1 und 3 — Abs. 3 i. d. Fass. des Ges. v. 14. Aug. 1933 [RGBl. I, 581] —, § 368 b Abs. 1 RVO., § 7 der Ausführungs- und Überleitungsbestimmungen über das kassenärztliche Dienstverhältnis i. d. Fass. v. 5. April 1933 [RArbBl. IV, 169]), der ebenso wie der Fall der Einweisung des Kranken in ein Krankenhaus zur Behandlung (Urteil des RG. vom 4. Juni 1915, III 581/14: JW. 1915, 916[4] und v. 16. März 1922, VI 719/21: JW. 1922, 1325[10]; HöchstRRspr. 1930 Nr. 206; 1932 Nr. 1831) im Hinblick auf die Krankenversicherten nach den Grundsätzen des Vertrags zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB.) zu beurteilen ist, erwirbt der Kassenkranke einen unmittelbaren, im ordentlichen Rechtsweg verfolgbaren Anspruch gegen den Kassenarzt auf sachgemäße ärztliche Behandlung, wie ein sonstiger Kranker gegen den ihn behandelnden Arzt (vgl. § 368 d RVO., § 13 der vorgenannten Ausführungs- und Überleitungsbestimmungen). Diesen Anspruch hatte also auch der verstorbene P. gegen den ihn behandelnden Kassenarzt Dr. N. Das BG. hätte nun näher prüfen müssen, ob nicht der feststehende Sachverhalt schon die abschließende Beurteilung der Möglichkeit für die Kl., von Dr. N. Ersatz des behaupteten Schadens zu erlangen, gestattete (wird ausgeführt).

(RG., III. ZivSen., U. v. 27. Sept. 1940, III 3/40.) [R.]

Anmerkung: I. Die wesentlichste Bedeutung der Entsch. liegt wohl auf dem vielumstrittenen Gebiet der Rechtsstellung des Vertrauensarztes und insbesondere der Haftung der öffentlich-rechtlichen Versicherungsträger für Fehler und Versehen des Vertrauensarztes bei der Ausübung seiner Tätigkeit. Die für den früheren Rechtszustand in RGZ. 131, 67 = JW. 1931, 1461[6] ausgesprochene Ansicht, daß die Krankenkasse für den Vertrauensarzt wie für ihren Erfüllungsgehilfen aus § 278 BGB. hafte, hat schon damals in dem einschlägigen Schrifttum erheblichen Widerspruch hervorgerufen (s. Baresel in „Vertrauensarzt und Krankenkasse“ 1940 S. 125 gegen Schweighäuser, ebenda S. 74). Seit der Neugestaltung des Krankenversicherungsrechts und der Neuregelung des vertrauensärztlichen Dienstes durch die in der Entsch. des RG. angeführten gesetzlichen und verwaltungsmäßigen Bestimmungen muß die Stellung des Vertrauensarztes grundsätzlich neu beurteilt werden. Der Vertrauensarzt ist nunmehr ausdrücklich von jeder vertraglichen Bindung an die Krankenkassen losgelöst worden. Er ist Beamter oder — in Ausnahmefällen — Angestellter der Landesversicherungsanstalten, deren besondere Abteilungen für die Krankenversicherung sich in je eine allgemeine Verwaltungsabteilung und eine solche für den vertrauensärztlichen Dienst gliedern. Eine der wesentlichen Aufgaben des Vertrauensarztes, wenn auch keineswegs seine einzige, bleibt allerdings die Beratung und Unterstützung der Krankenkassen bei der Ermittlung und Feststellung der Voraussetzungen für die Leistungspflicht und den Leistungsumfang der Krankenkassen im einzelnen Versicherungsfall. Diese Aufgaben versieht der Vertrauensarzt jedoch in völliger Selbständigkeit und Unabhängigkeit von den Krankenkassen, geleitet allein von seiner ärztlichen Überzeugung und seinem pflichtmäßigen Ermessen. Er erstattet seine Gutachten auf Grund öffentlich-rechtlicher Befugnisse in Erfüllung seiner im Interesse der gesamten Krankenversicherung ausgerichteten gesetzlichen Gemeinschaftsaufgaben (Beschl. des RVersA. v. 27. Okt. 1939, II. 5. 2222 A. 3. K/39 — 78; siehe ferner zur Stellung des Vertrauensarztes und zur Frage der Haftung für ihn: Liertz-Paffrath, „Handbuch des Arztrechts“ S. 481 ff.; Grünewald, „Die Ortskrankenkasse“ 1936 S. 259; Lutz-Richter ebenda 1937 S. 365; Peters ebenda S. 370; Schweighäuser u. Baresel a. a. O.; Schmitt, Versicherungsarchiv 1939 Nr. 11/12; Hartrarth, „Deutsches Ärzteblatt“ 1938 S. 190). Daß die Stellung des Vertrauensarztes gegen früher nicht nur organisatorisch, sondern grundsätzlich-aufgabenmäßig verändert ist, ergibt sich auch aus der Erweiterung seines Aufgabenkreises in Richtung der allgemeinen Fürsorge für die Volksgesundheit, der Bekämpfung der sogenannten Volkskrankheiten (Tuberkulose, Krebs), und der Beratung der Versicherungsträger bei allen Angelegenheiten, die zu den Aufgaben der Krankenversicherung auf dem Gebiete der Gesundheitsfürsorge und der Erb- und Rassenpflege gehören. Diese Entwicklung in der Stellung und in den Aufgaben des Vertrauensarztes liegt in dem großen Zuge der Neuordnung des gesamten Ärztewesens und des öffentlichen Gesundheitsdienstes. Auch der beamtete Vertrauensarzt ist in erster Linie Arzt mit ärztlichem Denken, ärztlichem Gewissen und ärztlichen Aufgaben. Er soll nicht mehr der Kontrolleur der Krankenkassen sein, der hauptsächlich die finanziellen Interessen der Kassen vertritt, nicht mehr der „Aufpasser“ und „Gesundheitsschreiber“, er soll im Gegenteil der Wiederherstellung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Versicherten und den Kassen dienen und selbst der beste Helfer und Vertrauensmann der Versicherten sein, der durch rechtzeitige Erkennung schwerer Krankheitszustände und Gesundheitsgefahren und durch Einleitung der notwendigen Heilmaßnahmen ihnen und damit der Volksgesundheit im ganzen und der Erziehung zur Gesundheitsehrlichkeit dient. (So Pfundtner-Neubert, „Das neue Deutsche Reichsrecht“ IV a 12 S. 21 ff.; Liertz-Paffrath a. a. O.; Kühne, „Die Ortskrankenkasse“ 1936 S. 562.) Der Vertrauensarzt soll so zum „Arzt des Vertrauens“ werden. (Schäffer, „Vertrauensarzt und Krankenkasse“, 1938 S. 265.)

Diese Stellung des Vertrauensarztes schließt zunächst jede Haftung der einzelnen Krankenkassen, deren Mitglieder er betreut, für etwaige Versehen, ärztliche Kunstfehler oder Pflichtverletzungen des Vertrauensarztes, gleich aus welchen rechtlichen Gesichtspunkten man sie begründen wollte, völlig aus. Eine solche Haftung kann auch keineswegs, wie manche noch anzunehmen scheinen, damit begründet werden, daß die Krankenkassen die Versicherten zur Untersuchung zu dem Vertrauensarzt schikken. Die Kasse bedient sich des Vertrauensarztes nicht zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Vertragspflichten gegenüber den einzelnen Versicherten, sie unterwirft vielmehr in gesetzlicher geordneter Weise den Versicherten und zugleich sich selbst der Amtstätigkeit eines Organs des übergeordneten Versicherungsträgers, die dieser in der Erfüllung staatshoheitlicher und staatsfürsorgender Aufgaben ausübt.

Mit Recht hat daher schon ein Urteil des LG. Wuppertal v. 1. Nov. 1938 (4 O Nr. 63/38, veröffentlicht in „Die Arbeiter-Versorgung“ 1939 S. 216) die Haftung der Ortskrankenkasse für Ansprüche des Versicherten wegen einer Fehldiagnose des Vertrauensarztes abgelehnt. Auch das vorliegende Urteil des RG. lehnt grundsätzlich eine Haftung der Krankenkasse für den Vertrauensarzt dort ab, wo dieser im Dienste der Landesversicherungsanstalt stehend, hoheitliche Aufgaben erfüllend, beratend und begutachtend für die Kasse tätig wird, läßt es allerdings — wegen Fehlens der Revisionssumme für diesen Klagegrund — dahingestellt, ob die in RGZ. 131, 67 = JW. 1931, 1461[6] bzw. der Erfüllungsgehilfenhaftung entwickelten Grundsätze ausnahmsweise dort Anwendung zu finden hätten, wo der Vertrauensarzt im einzelnen Fall im „besonderen Auftrag“ der Krankenkasse tätig werde. M. E. sind solche Ausnahmefälle kaum denkbar, jedenfalls nicht insoweit der Vertrauensarzt überhaupt als solcher tätig wird. Es ergibt sich vielmehr folgende klare Rechtslage:

1. Die Krankenkasse haftet für die Tätigkeit des Vertrauensarztes überhaupt nicht.
   Eine derartige Haftung kann allein die Landesversicherungsanstalt treffen, in deren Diensten der Vertrauensarzt steht. Auch diese haftet jedoch ausschließlich nur über § 839 BGB. und die Beamtenhaftung für Amtspflichtverletzungen des Vertrauensarztes,

die dieser bei der Erfüllung seiner auf staatshoheitlichem und staatsfürsorgerischem Gebiete liegenden Tätigkeit den Versicherten gegenüber begeht. Sie kann gem. § 23 DBG. gegenüber dem Beamten Regreß nehmen.

3. Der Vertrauensarzt selbst haftet ebenfalls bei Verletzung seiner Amtspflichten in der Ausübung seiner vertrauensärztlichen Tätigkeit nur aus § 839 BGB.

II. Die Zulässigkeit des Rechtsweges für derartige Schadensersatzansprüche wird vom RG. mit Recht bejaht (a. M. offenbar Scharrenbroich, „Die Ortskrankenkasse", 1937 S. 265). Es handelt sich hier nicht um Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis, genauer um Ansprüche auf versicherungsrechtliche Leistungen, über die allerdings nur die Versicherungsbehörden zu entscheiden hätten, sondern um privatrechtliche Schadensersatzansprüche.

III. Den Ausführungen des RG. über den hoheitlichen Charakter der Tätigkeit des Geschäftsführers einer Krankenkasse oder seiner Stellvertreter ist durchweg beizustimmen. Besonderes ist hierzu nicht zu bemerken.

IV. Dasselbe gilt für die Ausführungen des RG. über die Pflicht der Kasse, bei der Inanspruchnahme des Vertrauensarztes nicht nur ihre eigenen Interessen, sondern auch die des Versicherten zu beachten. Die Pflicht der Krankenkassen, dem Vertrauensarzt die notwendigen Unterlagen zugängig zu machen, die für ihn erforderlich sind, um die ihm obliegenden Aufgaben durchzuführen, ist in den „Bestimmungen über den vertrauensärztlichen Dienst in der Krankenversicherung" v. 30. März 1936 (RArbBl. IV, 107; Pfundtner-Neubert IV a 12 S. 22 a [4]) ausdrücklich festgelegt (III 1 Abs. 2). Ein Verstoß hiergegen bedeutet eine Amtspflichtverletzung des betr. Beamten oder Angestellten, für den die Kasse haftet.

V. Endlich entspricht auch der Satz der Entsch., daß der Kassenkranke aus dem Versicherungsverhältnis einen unmittelbaren, vor den ordentlichen Gerichten verfolgbaren Anspruch gegen den Kassenarzt auf sachgemäße Behandlung erwirbt, dem Recht des Arztvertrages (Liertz-Paffrath a. a. O. S. 399; Trembur-Paech, „Wegweiser durch die Ärztliche Berufskunde und das Ärztrecht", Stichwort „Kassenarzt"; König-Köstlin, „Haftpflicht des Arztes" S. 5; Coermann-Wagner, „Deutsches Ärzterecht" S. 80). Ob man hier überhaupt die Hilfskonstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter benötigt, erscheint mir zweifelhaft. Denn daß Arzt und Patient gegenseitig in das Verhältnis eines ärztlichen Behandlungsvertrages treten wollen, ist wohl klar. Die Entgeltlichkeit ist ebenfalls über den Weg — Sozialbeiträge — Kassenhonorar — gegeben.

Die Krankenkasse selbst haftet nach herrschender Ansicht für die Tätigkeit des aus der Zahl der von der Kasse den Versicherten zur Verfügung gestellten Ärzte von dem einzelnen Kranken ausgewählten Arztes nicht. Zweifellos erscheint mir diese Ansicht übrigens nicht, doch kann ich hier auf diese Frage nicht weiter eingehen.

AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

*

9. OLG. — §§ 839, 823, 31, 89, 30 BGB.; Art. 131 WeimVerf. Die Wegebaupflicht erzeugt bei schuldhafter Verletzung Ansprüche nach § 823 BGB., nicht nach § 839 BGB. und Art. 131 WeimVerf. Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. Hierfür genügt nicht die Sorgfalt bei der Auswahl. Erforderlich ist vielmehr auch der Nachweis der fortdauernden planmäßigen und unauffälligen Überwachung mit unvorbereiteten Kontrollen. Auch bei größeren Betrieben, wie bei einer Staatsbehörde, muß eine ausreichende Organisation nachgewiesen werden, die eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung gewährleistet. Diese Organisation muß verschieden sein von der Behördeneinrichtung als solcher.

Der Bekl. W., der seit 1930 als Arbeiter und seit 31. März 1931 als Zugmaschinenführer beim Straßen- und Flußbauamt R. angestellt war, hatte am 12. Mai 1937 mit der Zugmaschine dieses Amtes Hanomag D (15 St./km Höchstgeschwindigkeit) Sommerkies zur Auffüllung von Schlaglöchern an eine Baustelle an der Landstraße erster Ordnung P.—K. zu fahren. In der Mittagspause gegen 12 Uhr trank er in der Brauerei G. in Z. drei halbe Liter Bier, die er selbst bezahlte, und beteiligte sich dann an Freibier, das dort zufällig ausgegeben wurde. Da er um 3 Uhr noch nicht an der Baustelle eingetroffen war, begab sich der Vorarbeiter des Straßen- und Flußbauamtes H. mit seinem Kraftrad auf die Suche nach dem Lastzug. Er traf den Bekl. W. mit noch drei Arbeitern des Amtes in der Brauerei und forderte sie auf, diese zu verlassen. Dann trank er selbst noch ½ Liter Bier, weil er angeblich fast keinen „Mittag" hatte. Auf die Versicherung des Bekl. W., daß ihm nichts fehle und er die Zugmaschine schon fahren könne, überließ er W. die weitere Führung des Fahrzeuges. Er fuhr dann nach seiner Behauptung noch 3 km hinter W. her, ohne etwas Besonderes zu beobachten. W. befand sich nach dem Ergebnis der chemischen Untersuchung des Blutes auf Alkohol (2,68 Promille) in einem mittleren Rauschzustand. Nach den Zeugenaussagen im Strafverfahren ist W. mit der Zugmaschine auf der Straße immer hin und her gefahren und brauchte stellenweise die ganze 4 m breite Fahrbahn. In der Nähe des Anwesens des Kl. geriet er auf einer Länge von etwa 16 m mit den linken Rädern des Fahrzeugs auf der linken Straßenseite in eine Wiese. Der 6½jährige Sohn des Kl. stand von der Straße abseits am Eingang zum Anwesen seiner Eltern mit einem Damenfahrrad in der Hand. Der Bekl. W. steuerte auf den Knaben zu und überfuhr ihn. Der Knabe erlitt einen schweren Beckenbruch mit Verletzung innerer Organe und war sofort tot. W. wurde durch Urteil des AG. M. v. 4. Aug. 1937 wegen eines Vergehens der erschwerten fahrlässigen Tötung rechtlich zusammentreffend mit zwei Übertretungen der StraßVerkO. zur Gefängnisstrafe von 8 Monaten verurteilt.

Mit der Klage nahm der Kl. den Bekl. W. und das Land Bayern für einen Schaden von 2826,94 *RM* in Anspruch, und zwar verlangte er 826,94 *RM* als Auslagen, die mit der Bestattung des Knaben in Zusammenhang stehen, 2000 *RM* als angemessene Entschädigung für zukünftige entgangene Dienste des Getöteten.

Die Bekl. beantragten Abweisung der Klage.

Das LG. erklärte mit Zwischenurteil den Klageanspruch gegen beide Bekl. dem Grunde nach für gerechtfertigt. Die Berufung der Bekl. blieb erfolglos.

Den Ausführungen des LG. kann darin nicht beigetreten werden, daß die Herbeischaffung von Kies zur Straßenbeschotterung durch den Bekl. W. in Ausübung ihm anvertrauter öffentlicher Gewalt erfolgte und darum die Haftung nach § 839 BGB. und Art. 131 WeimVerf. gegeben ist. Richtig ist, daß nach der Rspr. des RG. als Ausübung öffentlicher Gewalt jede Amtsausübung anzusehen ist, die sich nicht als Wahrnehmung privatrechtlicher Interessen des Reichs oder einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft darstellt und daß sie auch jede Betätigung staatlichen Schutzes, staatlicher Fürsorge umfaßt (RGZ. 155, 189 und 257). Wird jedoch die schädigende Handlung im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis der in Frage kommenden Körperschaft und in Wahrung ihrer rein privatrechtlichen Interessen begangen, so scheidet diese Haftung aus (RGZ. 155, 257, 260). Die Tätigkeit des Bekl. W. wurde ausgeübt in Erfüllung der dem Land Bayern obliegenden Straßenbaulast, da es sich um eine Landstraße erster Ordnung handelt. Die Wegbaupflicht erzeugt aber nach der Rspr. des RG. bei schuldhafter Verletzung nur Ansprüche nach § 823 BGB. Nach RGZ. 154, 16 und 25 gilt dies auch für den Fall, daß der Träger der Pflicht eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist. Kein Hindernis bildet, wie dort ausgeführt, der Umstand, daß die Wegbaupflicht an sich eine Einrichtung des öffentlichen Rechtes ist (RGZ. 128, 157). „Wenn auch die Anschauung möglich wäre, daß in Fällen, in denen der Wegbaupflichtige ein mit öffentlicher Gewalt ausgestatteter Verband ist, die Wegbaupflicht eine Handlung öffentlich-rechtlicher Fürsorge sei, so sei doch entscheidend, daß die geltende Regelung der Wegunterhaltungspflicht keinen Unterschied nach der Person des Pflichtigen mache." Die Rechtsfolgen einer Verletzung der Wegbaupflicht richten sich demnach nicht nach § 839 BGB. und Art. 131 WeimVerf., sondern nur nach § 823 BGB. Das RG. hat denselben Standpunkt auch eingenommen zur Frage der Pflicht zur Unterhaltung von Wasserstraßen und die Haftung nach § 839 BGB. nur insoweit bejaht, als eine Vernachlässigung von Pflichten der Wasserpolizei in Frage kommt (RGZ. 155, 1). Die

vom LG. zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung angezogene Entsch. RGZ. 151, 386 trifft den gegenwärtigen Fall nicht. Das RG. hat dort die Haftung des Staats gleichfalls davon abhängig gemacht, ob die Aufgabe der beiden Strombauarbeiter bürgerlich- oder öffentlich-rechtlicher Natur ist und eine Haftung aus § 839 BGB. für ein etwaiges Verschulden der Beamten der Stromverwaltung bei der Auswahl und der etwa erforderlichen Beaufsichtigung der beiden Arbeiter als nur unter strompolizeilichen Gesichtspunkten in Frage kommend erklärt. Würde man übrigens die Wegbaupflicht der öffentlichen Fürsorgetätigkeit des Landes Bayern unterstellen, so würde die Beischaffung von Kies durch eigene Angestellte des Straßen- und Flußbauamtes nicht anders zu beurteilen sein, wie wenn das Amt sich zur Gewinnung und Herbeischaffung einer privaten Firma bedient hätte. Diese Tätigkeit würde der bürgerlich-rechtlichen Seite einer öffentlichen Behörde zuzuzählen sein. Die Tätigkeit des W. betraf also nicht eine hoheitliche Aufgabe des Landes Bayern, sondern fiel in dessen bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis. Er kann in Ansehung der Haftungsfrage nicht anders behandelt werden als ein Angestellter eines privaten Unternehmens (RGZ. 139, 149).

Die Haftung des Landes Bayern kommt vielmehr auf Grund der §§ 31 und 89 BGB. in Frage. Daß dieser Haftungsfall vorliegt, hat das Land Bayern anerkannt. Es nimmt jedoch den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. für sich in Anspruch. Dieser Beweis ist nach der Überzeugung des Senats nicht erbracht. Die Entlastung wird darauf gestützt, daß bei der Auswahl des Bekl. W. mit der gebotenen Sorgfalt vorgegangen worden sei und daß W. während seiner 8jährigen Dienstzeit zu Beanstandungen keinen Anlaß gegeben habe, ferner darauf, daß dieselbe Verlässigkeit bei der Auswahl der Vorgesetzten des W. vorgelegen habe. Dies genügt jedoch nicht zur Entlastung des Dienstherrn. Die Sorgfalt bei der Auswahl ist allein nicht ausreichend. Es ist auch der Nachweis der fortdauernden planmäßigen und unauffälligen Überwachung mit unvorbereiteten Kontrollen erforderlich (RGZ. 142, 356; JW. 1937, 1964). Diese Überwachung muß gerade bei W. um deswillen gefordert werden, weil ihm als Führer einer Kraftzugmaschine eine Tätigkeit mit erhöhter Betriebsgefahr übertragen war. Auch bei größeren Betrieben, wie bei einer Staatsbehörde, muß eine ausreichende Organisation nachgewiesen werden, die eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung gewährleistet (RGZ. 87, 4). Diese Organisation muß aber verschieden sein von der Behördeneinrichtung als solcher. Es kann nicht darauf verwiesen werden, daß jeder der bei der Behörde beschäftigten Beamten oder Angestellten verlässig sei. Wenn dies als ausreichend anzusehen wäre, würde damit in jedem Falle der Entlastungsbeweis erbracht sein, wenn nur die Vorgesetztenreihe aus verlässigen Personen besteht. Zu dieser verlässigen Vorgesetztenreihe kommt aber die Pflicht des Geschäftsherrn zu allgemeinen Aufsichtsanordnungen. Insoweit hier ein Mangel in Frage kommt, kann er sich mit dem Nachweis einer sorgfältigen Auswahl seiner Aufsichtsbeamten nicht decken (RGRKomm. ErlB., 9. Aufl., § 831 Anm. 5 c). Das Land Bayern hat im gegenwärtigen Fall eine solche neben der Beamtenorganisation bestehende Überwachungseinrichtung nicht dargetan. Welche Bedeutung dieser besonderen Überwachungspflicht beigemessen wird, ergibt sich aus der Forderung des RG., wonach für das Gebiet der Verkehrssicherung auf der Straße geradezu die Bestellung eines eigenen verfassungsmäßigen Vertreters i. S. des § 30 BGB. im Gegensatz zu den übrigen Beamten oder Angestellten einer Behörde gefordert wird, für den eine Entlastung Dritten gegenüber nicht möglich ist (RGZ.: JW. 1938, 3162). Es bedeutet darum keine Überspannung des Entlastungsbeweises, wenn für die Überwachung das Vorliegen besonderer Anordnungen verlangt wird, aus denen sich die regelmäßige Kontrolle der Tätigkeit ergibt. Daß die Überwachung im vorliegenden Fall nicht ausreichend organisiert war, ergibt sich aus folgenden Erwägungen: Mit Recht weist der Kl. darauf hin, daß nur das Eingreifen des H. das stundenlange Zechen des W. und der anderen Arbeiter während der Arbeitszeit beendete. Nun läßt aber das beklagte Land Bayern vortragen, daß H. gar nicht der Vorgesetzte des W., sondern mit diesem im gleichwertigen Dienstrang gewesen sei. Demnach ist das Eingreifen des H. an sich auch nicht als von einem überwachenden Organ ausgehend anzusehen. Zudem ist H. offensichtlich auch nicht mit der erforderlichen Schärfe aufgetreten, wenn er zunächst selbst noch ½ Liter Bier in Anwesenheit der beanstandeten Arbeiter trank, bevor er wegfahren ließ. Der zum Eingreifen verpflichtete nächste Vorgesetzte des W. wäre erst der Straßenmeister B. gewesen. Aus der Aussage des Amtsvorstands des Straßen- und Flußbauamts R., Bauamtsdirektor H. ergibt sich, daß es B. bei seinen übrigen Dienstverpflichtungen — Beaufsichtigung von 107 Straßenkilometern, Aufrechterhaltung der Verbindung mit dem Straßen- und Flußbauamt, Lohnzahlung und Materialbeschaffung, Aufsicht über 12 Straßenaufseher — schlechterdings unmöglich war, einen Zugmaschinenführer wie W. ständig zu überwachen. Daraus muß aber gefolgert werden, daß nicht bloß eine ausreichende Organisation zur Überwachung nicht vorlag, sondern daß auch die bestehende Organisatiion keine ausreichende Sicherheit für eine sorgfältige Überwachung bot.

Das beklagte Land Bayern kann auch nicht darauf verweisen, daß der Unfall auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre. Hätten W. und die anderen Arbeiter über sich eine Einrichtung gewußt, auf Grund deren sie mit einer jederzeitigen unvermuteten Kontrolle zu rechnen gehabt hätten, insbesondere auch im Hinblick auf den Genuß von Alkohol und dessen Gefahren (RGZ. 158, 356), so hätten sie sich nicht zu einem stundenlangen Zechen während der Arbeitszeit verleiten lassen. Die in § 831 BGB. aufgestellte Vermutung des ursächlichen Zusammenhangs des Verschuldens der mangelnden Sorgfalt mit dem Schaden ist also nicht entkräftet. Demnach ist der Berufung des Landes Bayern der Erfolg zu versagen.

(OLG. München, 1. ZivSen., Urt. v. 16. Okt. 1940, 1 U 911/40.)

*

10. RG. — § 844 BGB. Die Witwe eines tödlich Verunglückten muß sich auf ihren aus § 844 BGB. hergeleiteten Schadensersatzanspruch wegen Verlustes ihres Unterhaltsanspruchs gegen ihren Ehemann die Mittel anrechnen lassen, die ihr aus den Einkünften des von ihrem Ehemann vererbten oder durch den Tod des Mannes zu ihrer freien Verfügung gelangten eingebrachten Vermögens zufallen. Jedoch sind Bezüge des Verunglückten und seiner Hinterbliebenen aus Verträgen, insbes. aus vertraglichen Versicherungsverhältnissen auf die Schadensersatzverbindlichkeit nicht anzurechnen. Das gilt bei einer Lebensversicherung nicht nur für die Versicherungssumme selbst, sondern auch für die Zinsen, die das von der Versicherung ausgezahlte Kapital trägt.

Der Ehemann der Kl., der Inhaber einer Bauklempnerei und eines Installationsgeschäfts war, ist am 13. Juni 1936 auf einer Fahrt in dem von dem Bekl. gesteuerten und diesem gehörigen Kraftwagen schwer verunglückt. Er ist, nachdem er gegen den Bekl. Klage auf Feststellung seiner Ersatzpflicht erhoben hatte, am 15. Jan. 1937 an den Folgen des Unfalls gestorben. Die Kl. ist als Testamentserbin ihres Mannes in den Rechtsstreit eingetreten und hat Verurteilung des Bekl. zur Zahlung von 7756,14 *RM* (Krankheits- und Beerdigungskosten) sowie eines angemessenen Schmerzensgeldes für ihren Mann und einer angemessenen Rente an sie vom 15. Jan. ab beantragt. Sie hat das Geschäft mit Wirkung v. 15. Aug. 1937 an ihren Sohn für 5000 *RM* verkauft, nachdem sie es bis dahin durch den Sohn als besoldeten Geschäftsführer hatte führen lassen; den Geschäftsverkauf rechtfertigt sie damit, daß sie den Gewerbebetrieb mangels Sachkunde und auch aus Gesundheitsgründen nicht habe weiterführen können.

Das LG. hat durch Urteil v. 15. Okt. 1937 die Ansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung des Bekl. hat das OLG. durch Teilurteil v. 9. Dez. 1938 der Kl. 4804,66 *RM* nebst Zinsen zugesprochen; wegen des überschießenden Betrages und wegen des Schmerzensgeldanspruches hat es die Berufung zurückgewiesen; die Entsch. über den Rentenanspruch hat es vorbehalten, wegen des restlichen Zahlungsanspruches von 2951,48 *RM* aber die Sache an das LG. zurückverwiesen. Durch Urteil v. 15. Aug. 1939 hat das

LG. der Kl. weitere 2294,70 RM und ein Schmerzensgeld von 1500 RM zugesprochen und ihr eine vierteljährliche Rente von 300 RM für die Zeit v. 15. Jan. 1937 bis an ihr Lebensende, längstens jedoch bis zum 15. Jan. 1961, zugebilligt. Das OLG. hat durch das angefochtene Urteil auf die Berufung des Bekl. diesen nur zur Zahlung weiterer 1279,70 RM und eines Schmerzensgeldes von 1500 RM verurteilt, mit der Mehrforderung aber die Kl. abgewiesen.

Das RG. hob auf und verwies zurück.

Der berichtigte Antrag der Rev. richtet sich lediglich gegen die Abweisung der Kl. mit ihrem Rentenverlangen, und zwar auch nur, soweit es sich auf die Zeit vom 15. Aug. 1937 ab bezieht. Auf die teilweise Versagung der Erstattung des an ihren Sohn geleisteten Geschäftsführergehalts ist daher ebensowenig einzugehen, wie auf das Rentenbegehren für die Zeit v. 15. Jan. bis 14. Aug. 1937.

Den Rentenanspruch für die spätere Zeit erachtet das BG. im wesentlichen auf Grund folgender Erwägungen für unbegründet: Wenn nach dem Vortrag der Kl. für den Unterhalt der aus drei Personen bestehenden Familie im Monat 700 RM aufgewendet seien und nach dem Gutachten des Sachverständigen H. die Reineinnahmen aus dem Geschäft auf jährlich 5000—6000 RM zu schätzen seien, so sei für die Kl. als angemessener Aufwand für ihre Lebenshaltung ein Betrag von allenfalls 200—250 RM monatlich einzusetzen. Dieser Betrag sei ihr aber verblieben, da sie sich die Erträge anrechnen lassen müsse, die ihr infolge des Todes ihres Mannes nunmehr aus ihrem eingebrachten Gut und aus dem Nachlaß zugefallen seien. Die anzurechnenden Nutzungen flössen einmal aus den in Höhe von 14000 RM hinterlassenen Ersparnissen des Mannes und aus dem Erlös des Geschäftes; von diesem Nachlaßwert von 19000 RM kämen der Kl. bei Berücksichtigung der Pflichtteilsansprüche ihrer beiden Kinder 5/8 mit 11875 RM zu. Ferner habe sie Einkünfte aus ihrem eingebrachten Gut, nämlich aus den auf ihren Mann abgeschlossenen Versicherungen im Betrage von 60000 RM und einer nunmehr an ihren Sohn abgetretenen Hypothek von 6000 RM. Ihr Einkommen an Zinsen aus diesem Vermögen von 77875 RM betrage bei dem von ihr mindestens erzielten Satz von 4% jährlich 3115 RM oder monatlich rund 260 RM, also mehr, als sie zu Lebzeiten ihres Mannes von ihm als Unterhalt zu fordern berechtigt gewesen wäre. Die Zinsen der Lebensversicherungssummen müsse sich die Kl. anrechnen lassen. Denn im Vergleich zu ihrer Stellung als Ehefrau erwachse ihr eine Einbuße in ihren Einnahmen nicht, soweit sie infolge des Ablebens des Mannes in einem früheren Zeitpunkt die Verfügung über den Nachlaß und die Erträgnisse ihres eingebrachten Gutes erlangt habe und ihr unmittelbar Einkünfte zuflössen, die sie ohne den Unfall nie gehabt haben würde.

Die grundsätzliche Auffassung des BG., daß die Kl. sich auf ihren aus § 844 BGB. hergeleiteten Schadensersatzanspruch wegen Verlustes ihres Unterhaltsanspruches gegen ihren Ehemann die Mittel anrechnen lassen muß, die ihr aus den Einkünften des von ihrem Ehemann ererbten oder durch den Tod des Mannes zur freien Verfügung der Kl. gelangten eingebrachten Vermögens zufallen, steht in Einklang mit der ständigen Rspr. des RG. (vgl. z. B. RGZ. 91, 398, 402; JW. 1938, 673). Die Rev. bekämpft die Meinung des BG. als rechtsirrig, daß die Kl. sich auch die 60000 RM Lebensversicherungssummen und vor allem die Einkünfte daraus anrechnen lassen müsse. Sie weist zutreffend darauf hin, daß der Kl. aus den sonstigen von dem Vorderrichter eingesetzten Beträgen von zusammen 17875 RM (11875 RM aus dem Nachlaß und 6000 RM eigene Hypothek) unter Zugrundelegung der im BU. erwähnten Zinssätze von 4 und 4½% bestenfalls ein Einkommen von 900—1000 RM jährlich zufließe und zur Anrechnung gebracht werden könnte, daß dies aber den eingeklagten Rentenanspruch von nur 300 RM vierteljährlich nicht beeinträchtigen könne, da der BerR. den der Kl. durch den Tod ihres Mannes entgangenen Unterhalt selbst auf 250—300 RM monatlich bewerte. Es kommt daher entscheidend darauf an, ob die Zinsen der Lebensversicherungssummen zur Entlastung des Schädigers angerechnet werden dürfen. Das aber zieht die Rev. mit Recht in Zweifel.

In der Rspr. des RG. ist ständig daran festgehalten worden, daß Bezüge des Verletzten und seiner Hinterbliebenen aus Verträgen, insbesondere aus vertraglichen Versicherungsverhältnissen — anders als gesetzliche Bezüge — auf die Schadensersatzverbindlichkeit des Schädigers nicht anzurechnen sind (vgl. z. B. RGZ. 146, 288 = JW. 1935, 769; RGZ. 153, 265 = JW. 1937, 1240 und die dort angeführten Entsch.). Dies gilt auch für Bezüge, die die Hinterbliebenen auf Grund einer Lebensversicherung erhalten. Bereits in der Entsch. WarnRspr. 1917 Nr. 266 ist ausgesprochen worden, daß das Kapital und die Zinsen der Lebensversicherungssumme, die dem Erben des Verunglückten ausgezahlt worden ist, bei der Schadensausgleichung nicht zu berücksichtigen sind, auch wenn die Lebensversicherungssumme in den Nachlaß gefallen ist (vgl. auch JW. 1932, 1353[10]). Daran ist auch weiterhin festzuhalten, insbesondere insoweit, als auch die Zinsen der Versicherungssumme — gleichgültig, ob es Zinsleistungen der Versicherungsgesellschaft oder spätere Erträgnisse der zinsbar angelegten Versicherungssumme sind — für nicht anrechenbar erklärt worden sind. Wenn das BG., das nicht klar erkennen läßt, ob es der reichsgerichtlichen Rspr. auch insoweit nicht folgen würde, als es sich um die Versicherungssumme selbst handelt, etwa einen Unterschied zwischen der Versicherungssumme und deren Zinsen machen wollte, so könnte dem jedenfalls nicht gefolgt werden. Denn der in RGZ. 146, 289 hervorgehobene Gesichtspunkt, daß es dem Sinne des Versicherungsverhältnisses widerspräche, wenn die Leistungen des Versicherers — abgesehen von der Haftpflichtversicherung — dem Schädiger zugute kommen würden, im Ergebnis also die Wirkungen einer Haftpflichtversicherung zugunsten des Schädigers einträten, bei der ein anderer, ohne es zu wollen, die Prämien für den Schädiger bezahlt hätte, muß ebenso wie für das zur Auszahlung kommende Kapital auch für die Zinsen, die aus ihm gewonnen werden, gelten. Kann die Versicherungssumme selbst nicht als ein durch den Unfall verursachter, zum Ausgleich zu bringender Vorteil angesehen werden, so muß dies um so mehr von den aus ihrem Besitz weiter sich ergebenden Vorteilen gelten. Verfehlt ist es auch, wenn der Vorderrichter im Anschluß an die Entsch. RGZ. 91, 398 glaubt, die Zinsen der Versicherungssummen als Erträgnisse des eingebrachten Gutes der Kl. ansprechen und sie daher auf deren Schadensersatzanspruch anrechnen zu können. Zunächst ist über die Versicherungsbedingungen nichts festgestellt; es kann daher nicht ersehen werden, ob die Kl. bereits zu Lebzeiten ihres Mannes einen bedingten Anspruch auf die Versicherungssumme erworben hatte, der Teil des eingebrachten Gutes hätte sein können; die Versicherungssumme selbst fiel ihr erst mit dem Tode ihres Mannes, also mit Auflösung der Ehe zu, kann also selbst nicht eingebrachtes Gut gewesen sein. Aber auch wenn ein solcher bedingter Anspruch bestanden haben sollte, würden die wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen, die zu der Rspr. über die Nichtanrechenbarkeit von Bezügen aus Verträgen geführt haben, auch auf einen derartigen, ähnlich liegenden Fall zutreffen und daher die oben erwähnten Grundsätze auch hier zur Anwendung zu bringen sein.

(RG., VI. ZivSen., U. v. 30. Okt. 1940, VI 43/40.) [N.]

*

11. RG. — § 1591 BGB. Der Begriff der offenbaren Unmöglichkeit darf nicht überspannt werden; unter Umständen kann eine große Wahrscheinlichkeit ihn erfüllen.

Der Kl. und die Mutter des Bekl. waren seit dem 16. Sept. 1914 miteinander verheiratet und haben bis zum 2. Juli 1927 in ehelichem Verkehr gestanden. Die Ehe wurde im Jahre 1930 geschieden. Mit der im Dez. 1938 erhobenen Klage ficht der Kl. die Ehelichkeit des am 25. Mai 1924 geborenen Bekl. an und erstrebt die Feststellung, daß dieser nicht sein eheliches Kind sei. Er bezeichnete als Vater den Th. und trug vor, keinesfalls könne er, der Kl., der Vater sein, da keinerlei Ähnlichkeitsmerkmale vorhanden seien; der Bekl. könne schließlich auch von einem anderen Manne stammen, von dem

der Kl. nichts wisse. Klage und Berufung waren ohne Erfolg. RG. hob auf.

Der Kl. trug zur Begründung seiner Klage, mit der er rechtzeitig die Ehelichkeit des Bekl. anficht, vor, daß der Th., mit dem das Kind eine immer mehr in die Erscheinung getretene Ähnlichkeit habe, dessen Vater sei. Nachdem Th. und die Mutter des Bekl. als Zeugen jeden Geschlechtsverkehr eidlich in Abrede gestellt hatten, behauptete der Kl. die Unrichtigkeit der Aussagen und beantragte zum Nachweise, daß er nicht der Vater sein könne, die Blutgruppenuntersuchung stattfinden zu lassen und ein erbbiologisches Gutachten einzuholen. Er machte dabei geltend, daß der Bekl. auch von einem anderen Manne stammen könne, von dem er nichts wisse. Das LG. erhob keine weiteren Beweise und wies die Klage ab. Im Berufungsverfahren wiederholte der Kl. sein Vorbringen. Die nunmehr angeordnete Blutgruppenuntersuchung, bei der Blutproben der Parteien und der Kindesmutter zugrunde gelegt wurden, führte zu dem Ergebnis, daß die Vaterschaft des Kl. nicht auszuschließen sei. Dieser trug darauf vor, die beantragte Einholung eines erbbiologischen Gutachtens werde ergeben, daß zwischen ihm und dem Kinde nicht die Spur einer Ähnlichkeit vorliege, was die Struktur des Haares, den Schnitt des Gesichtes, der Augen, der Nase, des Mundes und der Ohren und die Zeichnung der Fingerkuppen betreffe. Dagegen sei die Ähnlichkeit mit Th. auffallend groß.

Das OLG. wies die Berufung ohne Erhebung eines weiteren Gutachtens zurück mit folgender Begründung. Es bestehe kein Anlaß, an der Glaubwürdigkeit der eidlich vernommenen Zeugen zu zweifeln. Zwar habe die Kindesmutter mit Th. auffällige Zusammenkünfte gehabt; daß es aber zu keinem Geschlechtsverkehr gekommen sei, erkläre sich dadurch, daß Th. im Jahre 1923 schon 65 Jahre alt gewesen sei. Allerdings ließen die im Scheidungsprozeß festgestellten Vorfälle (die Kindesmutter hatte sich exhibitionistischer Handlungen schuldig gemacht und dadurch nach Ausführung des BG. eine „ungewöhnliche geschlechtliche Veranlagung zur Schau getragen") den Verdacht aufkommen, daß sie in der Empfängniszeit mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt habe; die Beweisaufnahme habe diesen Verdacht aber nicht bestätigt, und nach der Blutgruppenuntersuchung könne die Vaterschaft des Kl. nicht ausgeschlossen werden. Im Hinblick auf das Beweisergebnis sei eine erbbiologische Untersuchung nicht erforderlich. Möge auch die Wahrscheinlichkeit, daß ein anderer Mann als der Kl. auf Grund von Ähnlichkeitsfeststellungen als Erzeuger in Frage kommt, unter Umständen der offenbaren Unmöglichkeit i. S. des § 1591 BGB. gleichzusetzen sein, so würde doch hier ein erbbiologisches Gutachten auf die Entsch. keinen Einfluß haben. Denn selbst wenn der Gutachter zu dem Ergebnis käme, daß die Vaterschaft des Kl. als unwahrscheinlich, die des Zeugen Th. als wahrscheinlich zu erachten sei, so stünden doch die eidlichen Aussagen der beiden Zeugen und das Ergebnis der Blutgruppenuntersuchung gegenüber, so daß auch dann der Beweis der offenbaren Unmöglichkeit nicht zu erbringen sei.

Auch das BG. verkennt nicht, daß der Begriff der offenbaren Unmöglichkeit nicht überspannt werden darf und daß eine große Wahrscheinlichkeit ihn unter Umständen erfüllen kann. Es will aber den eidlichen Aussagen der Kindesmutter und des vom Kl. in erster Linie als Vater bezeichneten Th., die jeden Geschlechtsverkehr in Abrede gestellt haben, auch dann den Vorzug geben, wenn durch ein erbbiologisches Gutachten die Vaterschaft des Kl. als unwahrscheinlich, die des Th. aber als wahrscheinlich bezeichnet werden sollte. Nun hatte aber der Kl. darüber hinaus behauptet, daß seine Vaterschaft durch das Fehlen jeglicher Ähnlichkeitsmerkmale geradezu ausgeschlossen werde. Ob die Vergleichung dieser Merkmale beim Kl. und beim Bekl. zu solchem Urteil würde führen können, kann indes dahinstehen. Denn auch abgesehen davon wäre es auf das abgelehnte Gutachten angekommen. Das BG. hebt selbst die Bedenken hervor, die gegen die Richtigkeit der beiden Zeugenaussagen sprechen können. Es erblickt sie in auffälligen Zusammenkünften der Kindesmutter mit Th. und darin, daß die Kindesmutter „eine ungewöhnliche geschlechtliche Veranlagung zur Schau getragen habe". Den bestehenden Verdacht hält es durch das Alter Th.s und die Tatsache für ausgeräumt, daß beide ihre Aussagen beschworen haben. Das BG. übersieht dabei, daß das Gutachten angesichts der erheblichen Verdachtsgründe auch bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Zeugen hätte ins Gewicht fallen können, zumal der von dem Gutachter zu bestimmende Grad der Wahrscheinlichkeiten nicht vorauszusehen war. Mit Recht führt die Revision aus, daß je nach dem Ergebnis der Begutachtung eine erneute Vernehmung der Zeugen sich als möglicherweise erforderlich herausstellen könne. In diesem Zusammenhange ist noch darauf hinzuweisen, daß das LG. trotz bestehender Bedenken schon vor Kenntnisnahme von dem Inhalt der Scheidungsakten im ersten Beweisbeschlusse die eidliche Vernehmung der Zeugen durch den ersuchten Richter angeordnet hat. Das Ergebnis der Blutgruppenuntersuchung konnte die Erhebung eines erbbiologischen Gutachtens nicht entbehrlich machen, da sich aus ihm lediglich ergab, daß der Kl. als Vater nach den Blutgruppen nicht auszuschließen sei.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 14. Nov. 1940, IV 242/40.) [He.]

Einzelne zivilrechtliche Gesetze

12. AG. — § 56 HGB. Der Grundsatz des § 56 HGB. gilt erst recht für Messekäufe. Ein Messeverkäufer, der nicht bindend abschließen will, muß das seinem Vertragspartner bei den Verhandlungen ausdrücklich erklären — auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckte Geschäftsbedingungen dieses Inhalts genügen nicht. †)

Die Kl. hatte am 9. März 1939 auf der Leipziger Messe in dem Messestand der Bekl. binnen fünf Monaten zu liefernde Schlafzimmer bestellt. Über das Geschäft wurde die Urkunde v. 9. März 1939 errichtet, auf deren Rückseite die Verkaufsbedingungen der Bekl. abgedruckt sind.

§ 1 lautet: „Sämtliche Aufträge, also auch solche, die mir durch Vertreter oder Reisende übermittelt werden, gelten erst als angenommen, wenn sie von mir schriftlich bestätigt sind. Dies betrifft auch die Lieferungen von meinen auswärtigen Lägern. Als zustande gekommen gilt das Geschäft nur so, wie ich es bestätigt habe."

Mit Schreiben v. 20. März 1939 teilte die Bekl. der Kl. mit, daß sie den Auftrag nicht annehmen könne, weil die Firma N. in D. für den Bezirk der Kl. den Alleinverkauf habe. Die Kl. verlangte Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe des entgangenen Verdienstes und berechnete diesen mit 25% der Einkaufsumme.

Die Bekl. wandte ein, das benutzte Vertragsformular sei lediglich ein Auftrag und verwies auf die auf der Rückseite abgedruckten Geschäftsbedingungen, deren § 1 vorschreibe, daß sämtliche Aufträge erst als angenommen gelten, wenn sie schriftlich bestätigt würden. Auch in den Text der Bestellung sei noch besonders der Vermerk: „Bestätigung vorbehalten", aufgenommen worden.

Ihr erst 17 Jahre alter Verkäufer L. sei auch nicht bevollmächtigt gewesen, für sie bindende Abschlüsse zu tätigen. Sie müsse sich erst über ihre Auftraggeber erkundigen, und die Auskunft über die Kl. sei ungünstig ausgefallen, deswegen habe sie den Abschluß nicht bestätigt.

Das AG. gab der Klage statt und führte aus:

Der Anspruch der Kl. ist in vollem Umfange begründet. Ob der Zeuge L. Abschlußvollmacht hatte oder nicht, spielt für die Entscheidung keine Rolle. Bereits der § 56 HGB. besagt, daß der, welcher in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden- oder Warenlager gewöhnlich geschehen, als ermächtigt gilt. Erst recht gilt dieser Grundsatz aber nach dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer Leipzig für Messekäufe. Da beide Teile Kaufleute im Sinne des HGB. sind, muß die Bekl. den auf der Leipziger Messe geltenden Brauch gem. § 346 HGB. in allen Punkten gegen sich gelten lassen. Auch die Tatsache, daß der Verkäufer der Bekl. noch nicht volljährig und dieser Umstand möglicherweise von der Kl. erkannt worden ist, spielt angesichts der Vorschrift des § 165 BGB keine Rolle. Die Frage war nur die, ob die Bekl. sich auf ihre allgemeinen

Lieferungsbedingungen auf der Rückseite des Vertragsformulares berufen kann. Nach dem überzeugenden Gutachten der Industrie- und Handelskammer Leipzig muß das verneint werden. Es erscheint in der Tat nicht tragbar, daß ein Verkäufer sich auf Bestimmungen, die weder aus der Urkunde selbst in die Augen springen, noch bei den Verhandlungen berührt werden, nach Abschluß eines Messegeschäftes später sollte berufen und dadurch das ganze Messegeschäft illusorisch machen können. Wenn ein Messeverkäufer nicht bindend abschließen will, dann muß er das seinem Vertragspartner bei den Verhandlungen ausdrücklich erklären.

Es hätte also genügt, dem Inhaber der Kl. bei den Verhandlungen zu sagen, daß das Geschäft nur gelte, wenn es von dem Inhaber der Bekl. später schriftlich bestätigt worden sei. Die Kl. hätte sich dann entscheiden können, ob sie unter diesen Umständen auf den Abschluß eines solchen Geschäftes noch Wert legt oder nicht, vielmehr ihre Aufträge an anderer Stelle vergeben soll, wo sie bindende Verträge tätigen kann. Das Gericht hat keinen Anlaß, die Industrie- und Handelskammer in Leipzig ihre Ausführungen noch einmal überprüfen zu lassen. Das Gutachten ist vielmehr klar und einleuchtend. Der gleiche Standpunkt wird im übrigen auch von der zuständigen Wirtschaftsgruppe vertreten. Er erscheint in Anbetracht der ganzen Umstände auch der einzig mögliche und richtige. Ein ausdrücklicher Vorbehalt ist seitens des Zeugen L., wie auch dessen Auskunft ergibt, bei den Verhandlungen nicht gemacht worden. Das wird auch weder von der Kl., noch von der Bekl. behauptet. Diese will ja gerade das Geschäft unter Bezugnahme auf ihre auf der Rückseite abgedruckten Lieferungsbedingungen nicht gelten lassen.

Daß im übrigen auch der Zeuge L. bei Abschluß des Geschäftes nicht daran gedacht hat, daß dieses etwa nicht bindend werden könnte, ergibt sich aus dem von ihm in die Urkunde aufgenommenen Vermerk: „Bestätigung vorbehalten". Dieser Vermerk sollte bedeuten, daß die Bekl. dem Wunsche der Kl. gemäß die Schränke mit Zügen liefern sollte, und zwar die Züge unberechnet. Das ergibt sich aus dem mit roter Tinte auf der Durchschrift des Vertragsformulares befindlichen Vermerk in den Handakten der Bekl. Das wird im übrigen auch von dem Zeugen L. in seiner schriftlichen Äußerung bestätigt.

Wenn aber das ganze Geschäft noch der Bestätigung bedurfte, so ist nicht zu verstehen, warum dann eine Einzelbestimmung des Vertrages noch einer besonderen Bestätigung bedurft hätte. Gerade auf Grund dieser Tatsache, daß der Verkäufer der Bekl. sich die Bestätigung des Geschäftes hinsichtlich eines nebensächlichen Punktes ausdrücklich durch Vermerk in der Urkunde selbst vorbehielt, durfte die Kl. der Überzeugung sein, daß der Vertrag für sie bindend ist. Das Ergebnis ist also, daß die Bekl. das von ihrem Verkäufer L. abgeschlossene Geschäft gegen sich gelten lassen muß. Sie ist daher, da die Erfüllung des Vertrages von ihr von Anfang an verweigert worden ist, ohne besondere Fristsetzung gem. § 326 BGB. zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schaden ist von der Kl. in zulässiger Weise abstrakt in Höhe des gewöhnlichen Verdienstes berechnet worden. Der gewöhnliche Verdienst beträgt nach dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer Leipzig 25%.

(AG. Stolp, Urt. v. 2. Sept. 1940, 7 C 369/40.) [R.]

Anmerkung: Zutreffend untersucht das AG. zunächst die Frage, ob der Verkäufer der Bekl. im Rahmen des § 56 HGB. als zum Abschluß von Verkäufen als ermächtigt anzusehen war. Es bejaht diese Frage vor allem unter Hinweis auf das Gutachten der Industrie- und Handelskammer Leipzig über den auf der Leipziger Messe geltenden Handelsbrauch. Ob tatsächlich in dieser Allgemeinheit ein dahingehender Handelsbrauch vorliegt, ist mir angesichts der seinerzeit gegebenen Wirtschaftslage doch nicht so ganz unzweifelhaft. Es sei auch auf die Entscheidung in JW. 1925, 1276[9] verwiesen, in der das Vorliegen eines solchen Handelsbrauchs verneint wird. Es ist allerdings zu berücksichtigen, daß diese Entscheidung mit den Inflationsverhältnissen begründet wird, die seinerzeit bei Geschäftsabschluß vorlagen.

Trifft der festgestellte Handelsbrauch zu, so kommt es auf die Frage an, ob die auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten Geschäftsbedingungen zum Vertragsinhalt geworden sind.

Die Gültigkeit derartiger Geschäftsbedingungen ist nach wie vor ein sehr umstrittenes Gebiet. Immerhin sind in Schrifttum und Rechtsprechung eine Reihe von Richtlinien entwickelt, die unter Berücksichtigung der notwendigen Vereinheitlichung von Lieferungs- und Leistungsverträgen mit fast stets gleichbleibendem Inhalt auch den Interessen des anderen Vertragsteils gerecht werden.

Es ist davon auszugehen, daß nur in gewissen Geschäftszweigen, wie z. B. im Bank-, Versicherungs- und Transportgewerbe, damit gerechnet werden muß, daß die Verträge im Regelfalle nur im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden.

Für die Mehrzahl der Geschäftszweige wird bei Abschlüssen, insbesondere wenn es sich wie hier um ein Einzelgeschäft handelt, für die Geltung allgemeiner Geschäftsbedingungen eine deutliche und unmißverständliche Vereinbarung oder Bezugnahme auf die Geschäftsbedingungen gefordert. Es genügt nicht, wenn die Geschäftsbedingungen auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckt sind. Aber auch dem Hinweis auf die Geschäftsbedingungen auf der Vorderseite des Vertragsformulars wird dann keine Bedeutung zugemessen, wenn ein mündlicher Vertragsabschluß ohne Bezugnahme auf die Geschäftsbedingungen erfolgt ist (vgl. auch Schlegelberger, „HGB." § 346 Anm. 30).

Diese Auffassung hat offenbar die Industrie- und Handelskammer Leipzig wie die zuständige Wirtschaftsgruppe auch im Hinblick auf die Besonderheiten des Messegeschäfts vertreten.

Danach ist dem Urteil des AG. zuzustimmen. Es sei jedoch betont, daß die Verneinung der Gültigkeit der in den Vertragsformularen enthaltenen allgemeinen Geschäftsbedingungen stets eine besonders sorgfältige Prüfung des Einzelfalles voraussetzt.

RA. Dr. Otto Lenz, LGDir. a. D., Berlin.

*

13. OLG. — § 4 Anordnung über die Regelung der Verbraucherpreise und Handelsspannen im Geschäftsverkehr mit gebrauchten Kraftfahrzeugen v. 17. Nov. 1939. Nach § 4 der Anordnung v. 17. Nov. 1939 sind Verkäufe von gebrauchten Kraftfahrzeugen von Verbrauchern an Verbraucher oder Händler nur zulässig, wenn das Fahrzeug in der näher gekennzeichneten Weise abgeschätzt worden ist und die Schätzung durch Vorlage einer Schätzungsurkunde nachgewiesen werden kann. Daraus folgt aber nicht, daß die Abschätzung dem Kaufabschluß notwendig vorangehen muß.

Die Kl. hat nach ihrer Behauptung von dem Bekl. am 28. Dez. 1939 einen gebrauchten Schlepper mit zwei Anhängern, der sich bis auf den zweiten Anhänger zur Ausbesserung bei der Firma B. in H. befand und dessen Kraftfahrzeugbrief dem Schmiedemeister He. für eine Darlehnsforderung verpfändet war, zu dem durch die Schätzung der Deutschen Automobil-Treuhand GmbH. zu ermittelnden Preise mit der Abrede gekauft, daß sie die auf dem Lastzug ruhenden Forderungen in Anrechnung auf den Kaufpreis bezahlen und je nach dem Ausfall der Schätzung den am Kaufpreis noch fehlenden Betrag nachzahlen oder den zuviel gezahlten Betrag zurückerhalten solle. Sie hat an die Firma B. 3047,71 *RM* und an He. 4945 *RM*, im ganzen also 7992,71 *RM* bezahlt. Der Lastzug ist am 10. Jan. 1940 auf 6195 *RM* abgeschätzt worden. Mit der Klage fordert sie die Erstattung des zuviel gezahlten Betrages von 1797,71 *RM*.

Der Bekl. bestreitet, den Lastzug für sich verkauft zu haben. Er behauptet, dieser habe im Eigentum seines Sohnes Erich und des Fuhrunternehmers K. gestanden, die damit ein gemeinschaftliches Fuhrunternehmen betrieben hätten und auch Schuldner der auf dem Lastzug ruhenden Forderungen gewesen seien. Er behauptet weiter, der Vertrag sei unter der Bedingung abgeschlossen worden, daß der Schätzungspreis die auf dem Lastzug ruhenden Schulden decke. Nur dazu habe er Vollmacht gehabt, wie er bei den Kaufverhandlungen verschiedentlich betont habe. Er meint endlich, der Vertrag sei überhaupt nichtig, da gebrauchte Kraftfahrzeuge nach der Anordnung v. 17. Nov. 1939 nur nach vorheriger Ab-

schätzung und unter Vorlage der Schätzungsurkunde verkauft werden dürften.

Das LG. hat die Klage nach Beweiserhebung abgewiesen. Die Berufung war erfolgreich.

Nach dem Beweisergebnis ist festzustellen, daß der Bekl. den Lastzug nicht im fremden, sondern im eigenen Namen verkauft hat. Das ergibt sich eindeutig aus den klaren und bestimmten Bekundungen des an dem Ausgang des Rechtsstreits völlig unbeteiligten Zeugen B. über den Gang der Kaufverhandlung. (Wird ausgeführt.)

Der Kauf ist auch nicht, wie der Bekl. behauptet, unter der auflösenden Bedingung, daß er hinfällig sein sollte, wenn der Schätzungsbetrag die auf dem Lastzug ruhenden Schulden nicht decke, sondern unbedingt mit der Maßgabe abgeschlossen worden, daß bei einem die Schulden übersteigenden Schätzungsergebnis der Mehrbetrag von der Kl. nachgezahlt, bei einem die Schulden nicht erreichenden Ergebnis dagegen der Unterschied von dem Bekl. erstattet werden solle. B. hat dies mit aller Bestimmtheit bekundet, und an der Richtigkeit seiner Bekundung ist um so weniger zu zweifeln, als es an und für sich schon höchst unwahrscheinlich ist, daß die Kl. sich darauf eingelassen haben sollte, die auf dem Lastzug ruhenden Schulden von fast 8000 *RM* zu bezahlen auf die Gefahr hin, daß sie den Lastzug wegen zu niedriger Schätzung seines Wertes nicht erhielt und nunmehr darauf angewiesen war, sich wegen der Erstattung des gezahlten Betrages, sei es an den Bekl., sei es an die durch die Zahlung von ihren Verbindlichkeiten befreiten sonstigen Schuldner zu halten, die offensichtlich sämtlich nicht in der Lage waren, einen so hohen Betrag aufzubringen.

Der Standpunkt des Bekl., der Vertrag sei wegen Verstoßes gegen die Anordnung über die Regelung der Verbraucherpreise und Handelsspannen im Geschäftsverkehr mit gebrauchten Kraftfahrzeugen v. 17. Nov. 1939 nichtig, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Die Anordnung will ungerechtfertigte Preiserhöhung unterbinden, die vor allem durch die derzeitige Wagenknappheit hervorgerufen werden können. Deshalb führt sie als Höchstpreis einen amtlichen Schätzungswert ein, der nach allgemeinen Richtlinien, die eine gleichmäßige Bewertung der Kraftfahrzeuge im ganzen Reichsgebiet sicherstellen sollen, von den dazu berufenen Stellen zu ermitteln ist. Verkäufe von Verbrauchern an Verbraucher oder Händler sollen nach § 4 der Anordnung nur zulässig sein, wenn das Fahrzeug in der näher gekennzeichneten Weise abgeschätzt worden ist und die Schätzung durch Vorlage einer Schätzungsurkunde nachgewiesen werden kann. Diese Bestimmung soll Verkäufe ohne Abschätzung und zu höheren als Schätzungspreisen verhindern. Daraus folgt aber nicht, daß die Abschätzung dem Kaufabschluß notwendig vorhergehen müßte. Wenn die Kaufbedingungen den Inhalt haben, daß der Kaufpreis nach den Vorschriften der Anordnung über den Schätzungswert festgestellt werden soll, so ist damit dem Sinne der Anordnung Genüge geschehen, denn der durch die Bestimmungen verfolgte Zweck wird ebenso sicher erreicht, wie wenn die Schätzung schon vor dem Vertragsabschluß stattgefunden hätte. Die gegenteilige, sich lediglich an den Wortlaut klammernde Auffassung ist sinnwidrig. Sie führte, wie der vorliegende Fall klar erweist, zu einer zwecklosen Erschwerung des Kraftfahrzeughandels und ist dadurch mittelbar einem Ansteigen der Preise dienstbar, förderte also gerade die Preisentwicklung, die durch die Anordnung bekämpft werden soll.

Ist hiernach der Kaufvertrag rechtsgültig, so ist der Bekl. nach den Kaufbedingungen zur Erstattung des über den Schätzungswert hinausgehenden Betrages der abgelösten Schulden verpflichtet. Der Klage war daher stattzugeben.

(OLG. Celle, Urt. v. 7. Dez. 1940, 3 U 200/40.) [R.]

*

14. RG. — § 1 RHaftpflG. Bei höherer Gewalt muß es sich um ein Ereignis handeln, das unvorhersehbar ist und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer mit in Kauf genommen werden muß.

Bei der Eisenbahn ist Geisteskrankheit als Ursache von Personenschäden überwiegend nicht als höhere Gewalt im Sinne des § 1 RHaftpflG. angesehen worden.

Am 30. Nov. 1934 kurz vor 8 Uhr wollte der Kl. auf seinem Fahrrade von der Straße D.-H. abzweigend auf der Straße nach S. die dort entlangführende Nebenbahnlinie auf einem schrankenlosen Übergang überqueren, um zu dem Sammelplatz der bei der W.-Regulierung beschäftigten Arbeiter zu gelangen. Da kam von links ein Güterzug. Obgleich die auf der anderen Seite der Bahn stehenden Arbeiter dem Kl. zuriefen, fuhr dieser auf das Gleis und stieg dort dicht vor der Lokomotive ab. Diese erfaßte ihn und riß ihn mit seinem Fahrrade fort. Das Fahrrad wurde zertrümmert und der Kl. schwer am linken Arm verletzt.

Der Kl. begehrt wegen seiner Armverletzung eine der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellte dauernde Rente, längstens bis zum 25. Jan. 1967, wegen Verschuldens des Lokomotivführers und aus dem RHaftpflG. Das LG. Zweibrücken hat den Anspruch des Kl. nach dem RHaftpflG. dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das OLG. Zweibrücken hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen.

Das RG. bestätigte.

Die Feststellung des BG., daß der Kl. nicht zurechnungsfähig war, als er dicht vor dem heranfahrenden Zuge vom Rade stieg, ist frei von Rechtsirrtum und wird von der Rev. ebensowenig beanstandet wie die Folgerung, daß ein Selbstverschulden des Kl. ausscheide. Auch auf ein Verschulden der Ehefrau des Kl. als dessen Pflegerin kann sich die Bekl. nach der zutreffenden Begründung des BU. nicht berufen. Nur darüber streiten die Parteien noch, ob der Unfall des Kl., der sich beim Betriebe der Reichsbahn ereignet hat, der Bekl., wie diese geltend macht, nach § 1 RHaftpflG. deshalb nicht zur Last falle, weil er auf höhere Gewalt zurückzuführen sei.

Unter höherer Gewalt versteht der BerR. ein Ereignis, „dessen Ursachen außerhalb des Eisenbahnbetriebs und seiner Einrichtungen liegen und dessen Eintritt auch bei Anwendung größter Sorgfalt und aller der Eisenbahn zuzumutenden Vorkehrungen nicht zu verhindern ist“. Dabei muß es sich nach der Rechtsprechung des RG. um ein Ereignis handeln, das unvorhersehbar ist und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmer mit in den Kauf genommen werden muß (RGZ. 95, 65), das vielmehr, wie es im BU. heißt, außergewöhnlich, gewissermaßen elementar ist (vgl. auch unter vielen anderen Entsch. RGZ. 104, 151).

Daß die geistige Veranlagung des Kl., auf die der Unfall zurückzuführen ist, von außen auf den Eisenbahnbetrieb eingewirkt hat, unterliegt keinem Zweifel. Das BG. verneint aber das Ungewöhnliche des Vorgangs. Das beanstandet die Rev. mit Unrecht. Es kann nicht, wie sie meint, entscheidend sein, daß sich der Kl., anders als Kinder oder offensichtlich Unzurechnungsfähige, im Berufsleben und noch dazu auf dem Rade bewegte. Vielmehr kommt es auf die Unzurechnungsfähigkeit als solche an, mit deren Auftreten im Verkehr in mancherlei verschiedener Form die Reichsbahn stets zu rechnen hat. Deshalb sind denn auch außer dem Hineinlaufen von Kindern in die Eisen- oder Straßenbahn Schlaftrunkenheit, Schwindel- und Ohnmachtsanfälle sowie Geisteskrankheit innerhalb und außerhalb des Betriebes überwiegend nicht als höhere Gewalt angesehen worden (vgl. Gruch. 59, 526; Recht 1907 Nr. 539; EgerEntsch. 33, 108 Nr. 89; RGZ. 117, 15; JW. 1935, 2354 [2] am Ende; JW. 1920, 710 [10] u. a. m.; anders EgerEntsch. 18, 77); und ebenso ist ein Fall beurteilt worden, in dem ein fünfzehnjähriges Mädchen, vor einem betrunkenen Verfolger flüchtend, kopflos in eine Straßenbahn hineingelaufen war (JW. 1933, 1404 [19]). Als ungewöhnlich läßt sich auch der vorliegende Fall nicht ansehen. Der Senat hat bereits früher (JW. 1937, 28 [6], VI 100/1936 v. 28. Sept. 1936) Anlaß gehabt hervorzuheben, daß Ausnahmefälle nicht ohne weiteres ungewöhnliche Fälle sind.

Ob dem BerR. auch darin beizutreten wäre, daß höhere Gewalt hier deswegen ausscheide, weil die Bekl. den Unfall durch Anbringen von Schranken hätte verhindern können und ihr dies auch zuzumuten gewesen sei, kann hiernach auf sich beruhen, so daß auf den hieran anknüpfenden Revisionsangriff nicht eingegangen zu werden braucht. Will die Bekl. in einem nicht ungewöhnlichen Fall wie dem vorliegenden, mit dem sie in ihrem

Betriebe rechnen muß, das zur Verhinderung von Unfällen Mögliche nicht tun, so muß sie die Gefahr auf sich nehmen (vgl. für den Fall einer nicht tragbaren Sicherung des Bahnkörpers die zuletzt angeführte Entsch. des Sen. v. 28. Sept. 1936).

(RG., VI. ZivSen., U. v. 2. Nov. 1940, 171/39.) [N.]

Verfahren, Gebühren- und Kostenrecht

15. RG. — § 13 GVG.; § 369 RVO.; § 30 Zulassungsordnung für Kassenärzte.

Die Tätigkeit der Organe der Kassenärztlichen Vereinigung Deutschlands liegt durchweg auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, da diese Vereinigung eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, da ihr Verhältnis zu den Kassenärzten öffentlich-rechtlicher Natur ist und da sie, insbes. soweit sie sich mit der Zulassung der Ärzte zur Kassenpraxis und zu den anderen ihrer Regelung anvertrauten Zweigen ärztlicher Tätigkeit im Rahmen fürsorglicher Aufgaben der öffentlichen Körperschaften befaßt, öffentliche Gewalt ausübt.

Als bürgerlicher Rechtsstreit ist alles anzusehen, was nach der zur Zeit des Erlasses des GVG. geltenden Rechtsauffassung oder nach der Auffassung der in Betracht kommenden späteren Gesetze durch die ordentlichen Gerichte zu entscheiden ist.

§ 369 RVO. beschränkt die Freiheit der einzelnen Ärzte und der Krankenkassen, das zwischen ihnen bestehende Verhältnis durch Sonderverträge zu ordnen.

Der Zulassungsausschuß ist kein Gericht, sondern eine, wenn auch kollegial gebildete Verwaltungsstelle der Kassenärztlichen Vereinigung. § 30 der Zulassungsordnung steht dieser Annahme nicht entgegen. Die Behandlung der Zulassungsanträge ist nicht dem Ermessen des Ausschusses überlassen.

(RG., III. ZivSen., U. v. 4. Okt. 1940, III 8/40.) [N.]

Bemerkung: Das Urteil behandelt einen Streit eines Arztes mit der Kassenärztlichen Vereinigung, in dem der Arzt Schadensersatzansprüche darauf gründet, daß sein Zulassungsgesuch unsachgemäß behandelt worden sei. Das RG. sah das für möglich an und hob insoweit das klagabweisende Urteil des OLG. auf. Der Arzt behauptete ferner, dadurch geschädigt zu sein, daß sich die Kassenärztliche Vereinigung seinen Bemühungen, mit einer Betriebskrankenkasse einen Sondervertrag abzuschließen, weil die Einhaltung des zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und der betr. Kasse abgeschlossenen Allgemeinvertrages infolge seiner ungünstigen Fassung zu großen Verlusten in seiner Privatklinik geführt habe, widersetzt habe. Insoweit hat das RG. seine Ansprüche als unbegründet angesehen, weil nach § 369 RVO. nur ein Allgemeinvertrag für die Regelung der Beziehungen zwischen Arzt und Kasse in Betracht kommt. Wenn der Arzt diesen Vertrag wirtschaftlich nicht für tragbar hält, so kann er nur die Aufnahme von Vertragsbeziehungen zu der betr. Kasse ablehnen, nicht aber Sonderverträge mit ihr schließen. N.

*

16. RG. — § 13 GVG. Die den Gerichten grundsätzlich nicht zustehende Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von behördlichen Anordnungen kann nicht dadurch herbeigeführt werden, daß mit der Klage die Verletzung eines Privatrechts, wie etwa des Eigentums, durch einen behördlichen Eingriff behauptet wird. Auch bei Schadensersatzansprüchen bedarf es in solchen Fällen sorgfältiger Prüfung, ob es sich wirklich um die Verfolgung eines Schadensersatzanspruchs handelt oder ob nicht etwa unter diesem Vorwande die Beseitigung eines dem Kl. nicht genehmen Verwaltungsaktes angestrebt wird.

Im Jahre 1933 wurde für die Gemeinde A., die inzwischen in die beklagte Gemeinde B. eingemeindet worden ist, die Feldbereinigung angeordnet. In dem im ersten Abschnitt aufgestellten, im März 1936 zur Kenntnis der Beteiligten offengelegten Meliorationsplan war u. a. die Ausweisung eines neuen Weges (Nr. 15) vorgesehen, der über die damals schon dem Kl. gehörenden Parzellen Nr. 96, 133 und 134 sowie über die später noch von ihm hinzuerworbenen Parzellen Nr. 97 und 98 der Flur XV führte.

Im zweiten Arbeitsabschnitt wurden auch mehrere, in Flur XV belegene Grundstücke des Kl. in die Feldbereinigung einbezogen, insbes. die Parzellen 132 5/10, 133 und 134. Den Einspruch des Kl. gegen diese von der Vollzugskommission getroffene Maßnahme wies das Schiedsgericht am 29. Sept. 1936 als unbegründet zurück.

Im weiteren Verlauf der Feldbereinigung stellte die Vollzugskommission durch Beschl. v. 1. Febr. 1937 aus dem Besitz des Kl. die letztgenannten Parzellen mit sofortiger Wirkung der Gemeinde A. für den Ausbau eines Arbeitsdienstlagers zur Verfügung. Für die vorzeitige Inanspruchnahme des Geländes wurde dem Kl. bis zur Zuleitung der Ersatzgrundstücke eine von der Gemeinde zu zahlende Pacht in Aussicht gestellt. Alle vom Kl. hiergegen eingelegten Einsprüche und die von ihm erhobenen Beschwerden wurden vom Oberschiedsgericht, der oberen und obersten Spruchstelle, abgewiesen.

Der Kl. hat nunmehr im ordentlichen Rechtsweg Ansprüche gegen die Bekl. erhoben.

Während das LG. die Klage als unzulässig abgewiesen hat, hat das OLG. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen.

Das RG. wies die Klage ab.

Für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist nach § 13 GVG. entscheidend, ob es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt. Maßgebend ist, ob das zur Begründung des Klagebegehrens behauptete Rechtsverhältnis ein solches ist, in dem sich die Beteiligten als gleichberechtigte Einzelpersonen im privatrechtlichen Verkehr gegenüberstehen oder ob der Staat oder eine andere öffentlich-rechtliche Korporation kraft obrigkeitlicher Gewalt der ihrer Herrschaft unterworfenen Einzelperson im Wege des Gebotes oder Verbotes gegenübersteht. Bei einer Eigentumsklage ist daher, obwohl sie auf ein Privatrecht gestützt wird, der Rechtsweg ausgeschlossen, wenn schon der Klagevortrag ergibt, daß der Eingriff, gegen den die Klage sich wendet, auf Grund der Herrschaftsgewalt des Staates oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Korporation erfolgt ist. Denn die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von behördlichen Anordnungen steht den Gerichten grundsätzlich nicht zu. Sie kann auch nicht dadurch herbeigeführt werden, daß mit der Klage die Verletzung eines Privatrechts, wie etwa des Eigentums, durch einen behördlichen Eingriff behauptet wird (vgl. RGZ. 89, 207; 93, 255; 100, 219; 103, 131; 118, 227; RG.: SeuffArch. 79 Nr. 152; RG.: WarnRspr. 1924 Nr. 90). Das RG. hat allerdings in einigen Fällen (RGZ. 97, 179; 100, 219; 102, 251) für Klagen, die sich mit der Begründung der Verletzung des Eigentums gegen behördliche Anordnungen richteten, den Rechtsweg für zulässig erklärt. Hierbei handelte es sich aber um solche Eingriffe, die sich offensichtlich als derart jeder gesetzlichen Grundlage entbehrend darstellten, daß sie überhaupt nicht mehr als Amtshandlungen, sondern als Willkürakte angesehen werden konnten, wie dies in der vom OLG. angeführten Entsch. RGZ. 130, 290 (292) = JW. 1931, 311 ausdrücklich betont ist. Ein solcher Fall ist jedoch hier nicht gegeben. Daß sich die mit der Feldbereinigung befaßten Behörden willkürlich über das Gesetz hinweggesetzt hätten, hat der Kl. selbst nicht behauptet. Er hat sich vielmehr nur darauf berufen, daß weder das hess. FeldbereinigungsG. v. 22. Nov. 1923 (Hess. RegBl. Nr. 46) noch das hess. Ges. über die Durchführung von Feldbereinigungen in Gemeinden zum Zweck der Arbeitsbeschaffung v. 3. Juli 1933 (Hess. RegBl. Nr. 18) eine gesetzliche Grundlage für die von der Vollzugskommission angeordnete Zurverfügungstellung des Geländes des Kl. an die Gemeinde A. für die Zwecke eines Arbeitsdienstlagers böten, sowie, daß die an der Beschlußfassung beteiligten Personen einschließlich des Bürgermeisters der Gemeinde A. dies aus Fahrlässigkeit verkannt hätten. Wenn nun auch, wie das OLG. in Auslegung der nichtrevisiblen landesrechtlichen Bestimmungen annimmt, der Beschluß der Vollzugskommission der rechtlichen Grundlage entbehrt, so kann doch deshalb, weil die an ihm beteiligten Amtspersonen die rechtliche Tragweite der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen verkannt haben — wie der Kl. behauptet aus Fahrlässigkeit —, von einem sich über alle gesetzlichen Schranken hinwegsetzenden Willkürakt um so weniger gesprochen werden, als nicht nur das Oberschiedsgericht, sondern auch die Umlegungsbehörde als

Spruchstelle und die Obere Spruchstelle für Umlegungen den Standpunkt der Vollzugskommission gebilligt haben. Der Umstand allein, daß der Beschluß der vorgenannten Kommission v. 1. Febr. 1937 nicht dem Gesetze entspricht, nimmt ihm nicht die Eigenschaft einer obrigkeitlichen Anordnung und macht ihn nicht zu einer Privathandlung, ebensowenig die Besitzergreifung durch den Bürgermeister der Gemeinde A., die nicht zu privatwirtschaftlichen Zwecken dieser Gemeinde, sondern in Ausführung des Beschlusses der Vollzugskommission für den öffentlich-rechtlichen Zweck der Errichtung des Arbeitsdienstlagers erfolgt ist und damit gleichfalls einen Akt hoheitsrechtlicher Natur bedeutete. Da aber die ordentlichen Gerichte nicht berufen sind, in die obrigkeitlichen Amtshandlungen der Verwaltungsbehörden einzugreifen, so ist, soweit die Klage auf Eigentum gestützt ist, der Rechtsweg unzulässig (vgl. RGZ. 93, 255; 118, 227). Die Behauptung des Kl., daß das Feldbereinigungsverfahren beendet sei, ist unerheblich, da mit der Beendigung des Verfahrens die Wirksamkeit des Beschl. v. 1. Febr. 1937 nicht ohne weiteres entfällt.

Soweit der Klageanspruch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB. i. Verb. m. Art. 131 WeimVerf.) erhoben wird, kann nach der Rspr. des RG. eine Nachprüfung der Maßnahmen von Verwaltungsbehörden nach der Richtung hin, ob einem Beamten eine schuldhafte Verletzung seiner Amtspflicht zur Last fällt, im ordentlichen Rechtsweg stattfinden. Aber auch hier bedarf es einer sorgfältigen Prüfung, ob es sich bei dem Vorgehen des Kl. wirklich um die Verfolgung eines Schadensersatzanspruches handelt, oder ob der Kl. nicht vielmehr unter dem Vorwand der Geltendmachung eines solchen Anspruchs lediglich die Beseitigung des ihm nicht genehmen Verwaltungsaktes selbst anstrebt. Es müssen also bestimmte greifbare Behauptungen aufgestellt werden, die den Tatbestand der unerlaubten Handlung ergeben, auf den die Klage sich stützt. Dazu genügt nicht, daß geltend gemacht wird, die beanstandete Verwaltungsmaßnahme verstoße objektiv gegen das Recht. Es muß auch näher dargelegt werden, daß und worin der betreffende Beamte schuldhaft gehandelt hat (RGZ. 154, 167 [181] = JW. 1937, 1704). Ein Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. als Rechtsnachfolgerin der Gemeinde A. könnte nur aus der Tatsache hergeleitet werden, daß der Bürgermeister der letztgenannten Gemeinde das Gelände des Kl. für die Zwecke der Errichtung des Arbeitsdienstlagers in Besitz genommen hat. Denn da es sich, wie das OLG. in Auslegung irrevisiblen Landesrechts annimmt, bei der Vollzugskommission um eine staatliche Behörde handelt, so würden aus Amtspflichtverletzungen ihrer Mitglieder nur Schadensersatzansprüche gegen das Land Hessen hergeleitet werden können. Soweit daher der Bürgermeister der Gemeinde A. in seiner Eigenschaft als Mitglied der Vollzugskommission eine schuldhafte Amtspflichtverletzung begangen haben sollte, würde eine Haftung der Bekl. nicht in Betracht kommen, ebensowenig für den aus der angeblich falschen Rechtsbelehrung entstandenen Schaden. Ein Verschulden des Bürgermeisters bei der Inbesitznahme des streitigen Geländes ist aber in keiner Weise schlüssig behauptet. Der Bürgermeister hat, wie es seine Amtspflicht war, einen Beschluß der Vollzugskommission zur Ausführung gebracht. Der Kl. behauptet zwar, der Bürgermeister habe als Mitglied der Vollzugskommission wissen müssen, daß der Beschl. v. 1. Febr. 1937 der gesetzlichen Grundlage entbehre, und er habe daher schuldhaft gehandelt, wenn er in Ausführung dieses Beschlusses, dessen Rechtsunwirksamkeit er habe kennen müssen, das Gelände für die Gemeinde A. in Besitz genommen habe. Allein es fehlt an jeder näheren Darlegung, aus welchen Gründen der Bürgermeister die mangelnde Rechtsgrundlage des Beschlusses hätte erkennen müssen. Einer solchen Darlegung aber hätte es um so mehr bedurft, als es sich um keineswegs einfache Rechtsfragen handelt und der von der Vollzugskommission eingenommene Standpunkt, wie oben erwähnt, auch von anderen Stellen gebilligt worden ist. Da hiernach der Klagevortrag erkennen läßt, daß der Kl. nur unter dem Vorwand der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs die Nachprüfung eines Verwaltungsaktes erstrebt, so ist auch insoweit der Rechtsweg für unzulässig zu erachten. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob diese Folgerung auch um deswillen zutrifft, weil mit dem Klageantrag die Rückgabe von Teilen der der Gemeinde A. zugewiesenen und von dieser durch einen Akt hoheitsrechtlicher Natur in Besitz genommenen Grundstücke, also die Rückgängigmachung einer hoheitsrechtlichen Amtshandlung verlangt wird (vgl. RGZ. 150, 140 [143] = JW. 1936, 1593; RGZ. 156, 34 [40] = JW. 1937, 3313 [24]).

Die von dem OLG. angezogenen §§ 823, 31, 89 BGB. kommen überhaupt nicht in Betracht, da der Bürgermeister der Gemeinde A. die Grundstücke in seiner amtlichen Eigenschaft für öffentliche Zwecke in Besitz genommen hat (RGZ. 147, 275 [278]).

(RG., V. ZivSen., U. v. 24. Okt. 1940, V 43/40.) [N.]

*

17. KG. — § 104 Abs. 3 ZPO. Der UrkB. hat die mit der Erinnerung geltend gemachten Einwendungen zu prüfen und der Erinnerung insoweit abzuhelfen, als er sie für berechtigt hält. Die Abhilfe steht nicht in seinem freien Ermessen.

Die Beschwerde wendet sich mit Recht gegen den Ansatz einer Verhandlungsgebühr. Denn eine Verhandlung hat überhaupt nicht stattgefunden. Dies hat auf die Erinnerung des Bekl. hin die Kl. auch ausdrücklich zugegeben. Um so weniger verständlich ist es, daß gleichwohl der UrkB. abgelehnt hat, insoweit der Erinnerung abzuhelfen, und daß auch das LG., welches zu diesem Punkt keine Stellung genommen hat, gleichfalls auch insoweit die Erinnerung zurückgewiesen hat. Die Frage, ob der UrkB. einer Erinnerung abhelfen will, ist — ebenso wie die Frage, ob ein Gericht einer einfachen Beschwerde nach § 571 ZPO. abhelfen will — keine Frage des freien, sondern eine solche des pflichtgemäßen Ermessens. Sie setzt eine Prüfung der mit der Erinnerung geltend gemachten Einwendungen gegen den Festsetzungsbeschluß voraus, zu welcher der UrkB. verpflichtet ist. Andernfalls wäre seine Stellungnahme, ob er abhelfen will, eine leere Formalität. Eine solche sieht naturgemäß das Verfahrensrecht nicht vor.

Danach war hinsichtlich der Verhandlungsgebühr mit 205 *RM* nebst Umsatzsteuer der Erinnerung stattzugeben.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 16. Dez. 1940, 20 W 3347/40.)

*

18. RG. — § 233 ZPO. Bei Einberufung eines Rechtsanwalts zum Heeresdienst kann von dem Abwicklungsvertreter nicht die Sorgfalt verlangt werden, wie sie in normalen Zeiten vom Rechtsanwalt zu erfordern ist.

Bei der Frage der Wiedereinsetzung ist allgemein den Kriegsverhältnissen, soweit sie für die Fristversäumung bedeutsam sein können, weitgehend Rechnung zu tragen.

Das landgerichtliche Urteil, das auf Klage und Widerklage hin die Scheidung der Ehe ausgesprochen und festgestellt hatte, daß den Kl. ein Verschulden treffe, ist dem Kl. zu Händen seines erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten am 17. Mai 1940 zugestellt worden. Am 9. Sept. 1940 ist zu den Gerichtsakten ein Schreiben des Kl. vom 1. Sept. 1940 eingegangen, in dem er darauf hinweist, daß er seit 14. Sept. 1939 bei der Wehrmacht und seit 14. April 1940 in Norwegen sei und daß es ihm deshalb nicht möglich gewesen sei, die Unterlagen zu seiner Entlastung zu beschaffen; das Urteil sei ihm auch, da die Post oft vier Wochen und länger ausgeblieben sei, zu spät zugestellt worden. Nachdem das Gericht eine Abschrift dieses Schreibens an den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Kl. mit dem Ersuchen um Äußerung gegeben hatte, teilte RA. Sch. in einem am 23. Sept. 1940 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz mit, daß RA. E., der Prozeßbevollmächtigte des Kl., zum Heeresdienst einberufen und sein Büro geschlossen sei und daß er, RA. Sch., die noch laufenden Geschäfte abwickle. In der Sache selbst bemerkt er, der Kl. habe von dem landgerichtlichen Urteil am 25. Mai 1940 unter seiner Heimatanschrift nach K. Nachricht erhalten mit der gleichzeitigen Mitteilung, daß die Berufungsfrist am 17. Juni 1940 ende, und mit der Anfrage, ob er Berufungseinlegung wünsche. Er habe dann eine — dem Schriftsatz beigefügte — Postkarte des Kl. v. 8. Juni 1940, in der es u. a. heißt: „Erhebe gegen das Urteil Einspruch . . .“ erhalten, die offensichtlich erst

nach Ablauf der Berufungsfrist eingegangen sei, da er auf die Karte hin am 22. Juni 1940 die Urteilsübersendung an den Kl. verfügt habe. Die Übersendung sei unter seiner Feldpostanschrift am 28. Juni 1940 erfolgt. Zum Schluß des Schriftsatzes wies RA. Sch. darauf hin, daß der Kl. durch einen unabwendbaren Zufall daran gehindert sei, die Berufung einzulegen, und beantragte für jeden Fall, ihm für die Berufungsinstanz das Armenrecht zu bewilligen und ihm einen Anwalt zuzuordnen. Durch den angefochtenen Beschluß hat das KG. den Antrag des Kl. v. 21. Sept. 1940, ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren und ihm für die Berufungsinstanz das Armenrecht zu bewilligen, abgelehnt und gleichzeitig die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß zugelassen. Das KG. versagt dem Wiedereinsetzungsantrag deshalb den Erfolg, weil die förmlichen Voraussetzungen der §§ 234 f. ZPO. nicht voll erfüllt seien.

Die sofortige Beschwerde richtet sich, da gegen den Beschluß über die Versagung des Armenrechts ein Rechtsmittel nicht zulässig ist, nur gegen die Versagung der Wiedereinsetzung und ist insoweit auch begründet. Denn es ist bisher entgegen der Ansicht des BG. überhaupt noch kein Wiedereinsetzungsantrag gestellt worden. Mit diesem Antrage hätte die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung verbunden werden müssen; der Ansicht des BG., daß die arme Partei die Einlegung der Berufung dadurch ersetzen könne, daß sie um das Armenrecht für die Berufungsinstanz nachkomme, kann nicht beigetreten werden. Der in der vom KG. angezogenen Entsch. RGZ. 116, 98 ausgesprochene Grundsatz, daß bei Versäumung der Frist zum Nachweise der Einzahlung der Prozeßgebühr bei der armen Partei statt der Nachzahlung der Antrag auf Bewilligung des Armenrechts genüge, läßt sich auf die Nachholung anderer versäumter Prozeßhandlungen nicht ausdehnen (vgl. Jonas-Pohle § 236 Anm. III zu Nr. 3). Da ein Wiedereinsetzungsantrag mit der Einlegung der Berufung hätte verbunden werden müssen, konnte er auch durch einen beim KG. zugelassenen Anwalt erfolgen. Richtig verstanden liegt ein solcher nach dem oben Gesagten von vornherein unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag nicht vor, sondern der Antrag in dem Schriftsatz v. 21. Sept. 1940 ist dahin zu verstehen, daß mit ihm nur das Armenrecht für die Berufungsinstanz nachgesucht wird mit dem Hinweis, daß gegenüber der Versäumung der Berufungsfrist beabsichtigt sei, den Antrag auf Wiedereinsetzung zu stellen. Infolgedessen ist die Entsch. des BG. über den Wiedereinsetzungsantrag schon deshalb aufzuheben, weil ein solcher Antrag bisher nicht vorliegt. Im Hinblick auf diese neue Sachlage wird das BG. auch seinen Beschluß über die Ablehnung des Armenrechts einer Nachprüfung zu unterziehen haben.

In diesem Zusammenhang sei zur Frage der Wiedereinsetzung noch folgendes bemerkt: Nach der Rspr. des erk. Sen. ist bei der Frage der Wiedereinsetzung allgemein den Kriegsverhältnissen, soweit sie für die Fristversäumung bedeutsam sein konnten, weitgehend Rechnung zu tragen. Deshalb wird auch hier nicht nur die Tatsache, daß der Kl. selbst zur fristgemäßen Erledigung seiner Angelegenheiten völlig außerstande war, sondern auch der Umstand in Betracht zu ziehen sein, daß auch der eigentliche Prozeßbevollmächtigte des Kl., RA. E., zum Heeresdienst einberufen ist und unter den heutigen Verhältnissen von dem Abwicklungsvertreter nicht die Sorgfalt verlangt werden kann, wie sie in normalen Verhältnissen vom Anwalt zu erfordern ist. Im übrigen muß es auch als zweifelhaft erscheinen, ob das Hindernis, das gegen eine Berufungseinlegung bestand, in dem Zeitpunkt behoben gewesen ist, in dem die Erklärung des Kl., daß er gegen das Urteil Einspruch erhebe, bei RA. Sch. einging. Es wird sich fragen, ob RA. Sch. als Vertreter des zum Pflichtanwalt des Kl. bestellten RA. E. überhaupt verpflichtet war, nach Beendigung des Rechtsstreits durch das landgerichtliche Urteil seinerseits Maßnahmen zur Wahrung der materiellen und prozessualen Rechte des Kl. zu ergreifen. Beschränkte sich aber die Verpflichtung des RA. Sch. darauf, den Kl. darauf hinzuweisen, daß der Kl. selbst für die zur Einlegung der Berufung erforderlichen Maßnahmen zu sorgen habe, so fragt sich weiter, ob RA. Sch. auch dann ein Vorwurf daraus zu machen ist, daß er diesen besonderen Hinweis an den Kl. unterlassen hat, wenn man davon ausgeht, daß bei Eingang der Karte des Kl. v. 8. Juni die Berufungsfrist schon abgelaufen war. Letzten Endes wird die Entsch. davon abhängen, wie weit man den besonderen Schwierigkeiten, die in den jetzigen Verhältnissen bei der Vertretung einberufener Anwälte unvermeidlich sind, Rechnung tragen will. Endlich wird auch die Frage der Ursächlichkeit eines etwaigen Verschuldens des Anwalts zu prüfen sein, da es sich fragt, ob der Kl., wenn ihn der Anwalt darauf hingewiesen hätte, daß er selbst für die Einlegung der Berufung sorgen müsse, überhaupt in der Lage gewesen wäre, die erforderlichen Anträge früher zu stellen.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 25. Nov. 1940, IV B 43/40.) [He.]

*

19. LG. — § 7 Abs. 2 VO. v. 4. Okt. 1939. Die Zulassung der Beschw. gegen Entscheidungen des Gerichts über die Festsetzung von Armenanwaltskosten muß im Erinnerungsbeschluß erfolgen und kann nicht in einer späteren Entscheidung nachgeholt werden.

Der UrkB. hat die Erstattung von Armenanwaltskosten aus der Reichskasse abgelehnt. Auf Erinnerung des ArmAnw. hat das AG. 57,07 *RM* Armenanwaltskosten festgesetzt. Hiergegen hat der Bezirksrevisor als befugter Vertreter der Reichskasse Vorstellung erhoben und gebeten, falls das Gericht seinen Ausführungen nicht beitreten solle, gemäß § 7 Abs. 2 VO. v. 4. Okt. 1939 die Beschwerde zuzulassen. Darauf hat das AG. verfügt, daß die Beschwerde zugelassen werde, und die Akten dem LG. zur Entscheidung übersandt.

Die BeschwKammer sieht die Eingabe des Bezirksrevisors als Beschwerde an, hält aber eine Beschwerde nicht für zulässig.

Nach § 7 Abs. 2 VO. v. 4. Okt. 1939 (RGBl. I, 1994) ist die Beschwerde gegen Entscheidungen des Gerichts über die Festsetzung von Armenanwaltskosten nur statthaft, wenn sie das Gericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Rechtsfrage zuläßt. Das kann nur bedeuten, daß die Zulassung der Beschwerde im Gerichtsbeschluß selbst erfolgen muß und nicht in einem späteren Beschluß nachgeholt werden kann. Denn die Vorschrift des § 7 bezweckt ebenso wie die des § 6 eine Einschränkung der Beschwerden. Der § 6 erklärt bestimmte andere Beschwerden nur für zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 *RM* übersteigt. Hiernach muß der Beschwerdewert schon bei Erlaß der Entscheidung mehr als 200 *RM* betragen; der Beschwerdewert kann nicht nachträglich, etwa durch Berechnung weiterer Gebühren erhöht werden. Ebenso muß die Zulassung der Beschwerde in Armenanwaltskostensachen bereits bei Erlaß des Gerichtsbeschlusses erfolgen. So hat denn auch der Sachbearbeiter des RJM., Hornig, bei Verkündung der VO. v. 4. Okt. 1939: DR. 1939, 1936 eine Nachholung der Beschwerdezulassung für unzulässig erklärt; diesen Standpunkt hat er DR. 1940, 1614 näher erläutert und aufrechterhalten. Auch die Rspr. ist dem beigetreten: OLG. Celle: DR. 1940, 1022[18]; OLG. Dresden: DR. 1940, 1071[27]. Eine andere Meinung wird nur von Gaedeke: DR. 1939, 1933 III und vom KG.: DR. 1940, 749[27] sowie im bisher nicht veröffentlichten Beschluß v. 25. Okt. 1940 — 20 W 2868/40 — vertreten. In dem letzten Beschluß lehnt das KG. die Ansicht von Hornig ab, der die Maßnahme des § 7 Abs. 2 als im Zuge einer allgemeinen Entwicklung liegend bezeichnet. Die Meinung von Hornig ist aber inzwischen schon bestätigt worden durch § 22 Abs. 2 KriegssachschädenVO. v. 30. Nov. 1940 (RGBl. 1547). Danach muß die Zulassung der Beschwerde oder einer weiteren Beschwerde im Bescheid der höheren Verwaltungsbehörde oder in einem Ergänzungsbescheid ausgesprochen werden. Sie soll erfolgen, wenn die Entscheidung von grundsätzlicher Bedeutung oder besonderer Tragweite ist oder wenn wegen besonderer Umstände des Falles die Zulassung angezeigt ist.

Schließlich verkennt die beschließende Kostenkammer nicht, daß auch die Reichskasse, wie der vorliegende Fall zeigt, von einer nachträglichen Zulassung Gebrauch machen will und oft erst nach der gerichtlichen Ent-

scheidung mit der Sache befaßt wird. Dies ist jedoch dem Gesetzgeber bekannt, der den § 7 Abs. 2 VO. vom 4. Okt. 1939 geschaffen und keinen Anlaß gefunden hat, diese Vorschrift entsprechend der Auffassung des KG. und im Gegensatz zu der Rspr. der OLG. Celle und Dresden zu ändern.

(LG. Berlin, 27. (Kosten-) ZK., v. 17. Dez. 1940, 227 T 7840/40.)

*

20. OLG. — § 77 Abs. 1 DGKG. Der Schuldner, der gegen einen gegen ihn erlassenen Vollstreckungsbefehl Einspruch einlegt, ist Antragsteller i. S. des § 77 Abs. 1 DGKG., und zwar auch dann, wenn demnächst der Gläubiger Verweisung des Rechtsstreites an das LG. wegen Unzuständigkeit des AG. beantragt und das AG. demgemäß erkennt.

Es besteht in Rspr. und Rechtslehre ausnahmslos die Ansicht, daß mit der Einlegung des Einspruches gegen einen Vollstreckungsbefehl eine neue Instanz i. S. der Kostenbestimmungen eröffnet wird (vgl. hierzu Rittmann-Wenz: DGKG. 1937 zu § 31 S. 235/36; zu § 74 S. 410; zu § 77 S. 432; Biermann-Wedewes: DGKG., 7. Aufl., 1938, zu § 74a S. 151; Baumbach zu § 31 Anm. 3 und zu § 77 Anm. 2C; sowie KG.: JVBl. 1933, 282). Von dieser einheitlichen Rspr. abzuweichen, besteht keine Veranlassung. Das LG. hat daher mit Recht angenommen, daß der Schuldner durch Einlegung des Einspruches gegen den Vollstreckungsbefehl Antragsteller i. S. des § 77 DGKG. geworden und daher für die Gerichtskosten als Zweitschuldner haftbar sei. Diese Haftung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kl. seinerseits den Antrag gestellt hatte, das AG. möge den Rechtsstreit wegen Unzuständigkeit an das LG. verweisen, und daß das AG. demgemäß erkannt hat. Denn durch diesen Antrag ist im kostenrechtlichen Sinne keine neue Instanz eröffnet. Ursächlich für die Notwendigkeit einer weiteren Entscheidung war auch nach Verweisung an das LG. der von der Bekl. eingelegte Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl (so auch Baumbach a. a. O.).

(OLG. Celle, 4. ZivSen., Beschl. v. 30. Okt. 1940, 4 W 225/40.)

*

21. OLG. — § 13 RAGebO.; § 80 EheG. Vergleich im Scheidungsstreit liegt bei Rücknahme der Berufung gegen das Scheidungsurteil als Gegenleistung für eine Unterhaltsregelung vor.

Das LG. hat die Ehe der Streitteile geschieden und beide für schuldig erklärt. Die Verkl. hat gegen dieses Urteil Berufung, der Kl. Anschlußberufung eingelegt. In der Berufungsverhandlung am 5. Juli 1940 haben sie „für den Fall der Rücknahme der Berufung“ einen Vergleich über den vom Kl. der Verkl. zu zahlenden Unterhalt geschlossen. Dann hat ohne weitere Verhandlung die Verkl. ihre Berufung, der Kl. seine Anschlußberufung zurückgenommen. Mit Recht hat das LG. in dem angefochtenen Beschluß der Verkl. auf ihre Erinnerung hin eine Vergleichsgebühr auch nach dem Wert des Streitgegenstandes der Ehesache als erstattungsfähig zugebilligt.

Auch der Senat ist, wie das KG. in einem gleichliegenden Fall grundsätzlich entschieden hat (20 Wa 132/39: DR. 1939, 1926), der Ansicht, daß die Streitteile sich auch über die Hauptsache im Eheprozeß vergleichen, wenn sie einen Vergleich über die künftigen Unterhaltsansprüche abschließen und im inneren Zusammenhang damit auch über den Scheidungsanspruch derart verfügen, daß sie nunmehr ihre Rechtsmittel gegen das Scheidungsurteil des ersten Rechtsgangs zurücknehmen. Sie machen dadurch, indem sie auf ihren (vermeintlichen) Berufungsanspruch verzichten, eine gerichtliche Entsch. hierüber entbehrlich (s. auch Entsch. des KG. 20 Wa 84/40 vom 9. Aug. 1940: DR. 1940, 1739). Das stellt einen Vergleich dar, wie er auch in Eheprozessen als zulässig anzusehen ist. Er fällt unter § 13 Nr. 3 RAGebO.

(OLG. Jena, 2. ZivSen., Beschl. v. 29. Okt. 1940, 2 W 385/40.)

*

22. OLG. — § 13 Ziff. 3 RAGebO.; § 80 EheG. Ist im 1. Rechtszuge die Ehe auf Klage und Widerklage geschieden und nimmt eine der Parteien die dagegen eingelegte Berufung unter Kostenteilung zu gerichtlicher Niederschrift zurück, ohne daß zugleich über die Unterhaltspflicht der Ehegatten eine Vereinbarung getroffen ist, so steht dem Anwalt die Vergleichsgebühr nicht zu.

Durch Urteil des LG. ist die Ehe der Parteien auf Klage und Widerklage geschieden worden. Hiergegen hat die Bekl. Berufung eingelegt, diese aber vergleichsweise zu gerichtlicher Niederschrift zurückgenommen; die Kosten des Rechtsstreits sind vergleichsweise gegeneinander aufgehoben worden. Der UrkB. hat mit Recht abgelehnt, dem Anwalte der Bekl. im zweiten Rechtszuge eine Vergleichsgebühr zuzubilligen.

Vor Erlaß des EheG. hat eine Reihe von Gerichten bei einer vergleichsweisen Regelung eines Ehestreites dem Anwalte einer Partei eine Vergleichsgebühr in keinem Falle zugebilligt mit der Begründung, daß die Erledigung eines Ehestreites der Verfügung der Parteien entzogen sei (vgl. dazu: Gelinsky-Meyer, „Armenanwaltskosten“, 3. Aufl., S. 232 und die dort angef. Entsch.). Der unterzeichnete Senat hat mit einer weitverbreiteten Ansicht den Anwälten die Vergleichsgebühr in ständiger Rspr. dann zugebilligt, wenn der Vergleich der Aussöhnung, also der Aufrechterhaltung der Ehe diente (vgl. Gelinsky-Meyer a. a. O., S. 233/34 und die dort angef. Entsch.). Nach Erlaß des EheG. billigte eine Anzahl von Gerichten den Anwälten eine Vergleichsgebühr auch dann zu, wenn sie die vom Gerichte ausgesprochene Scheidung der Ehe zwar im Vergleiche aufrechterhielten, die Erledigung des Ehestreits im Vergleichswege aber mit der Regelung der Unterhaltsfrage verbunden wurde (unter der Voraussetzung, daß nicht etwa fingierte Scheidungsgründe herangezogen waren oder sonst die gesamten Vereinbarungen des Einzelfalles gegen allgemein gültige Sittengesetze verstießen). Zu dieser Entscheidung gab die Einführung des § 78 EheG. Veranlassung, der unter den angeführten Voraussetzungen die Möglichkeit einer vergleichsweisen Regelung der Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung der Ehe eröffnete. Es sollte in diesem Falle der Streitwert des Ehestreites und der Unterhaltsregelung nach Ansicht der Gerichte zusammengezogen und von dem so errechneten Sachwerte die Gebühr des Anwaltes zu berechnen sein. Der unterzeichnete Senat hat in ständiger Rspr. denselben Standpunkt vertreten.

Der Anwalt des Bekl. beansprucht hier aber in einem Falle die Vergleichsgebühr des § 13 Ziff. 3 RAGebO., in dem die im ersten Rechtszuge ausgesprochene Scheidung der Ehe durch die Zurücknahme der Berufung aufrechterhalten bleiben soll, während die Kosten gegeneinander aufgehoben sein sollen, ohne daß zugleich die Unterhaltsfrage für die Zeit nach der Scheidung der Ehe geregelt wäre. In solchen Fällen ist die Zubilligung einer Vergleichsgebühr an die Anwälte ebenso wie vor Erlaß des EheG. abzulehnen. Denn lediglich die Einführung des § 80 EheG. gibt die Möglichkeit, dem Anwalt auch bei einem auf Aufrechterhaltung der Scheidung gerichteten Vergleiche die Vergleichsgebühr zuzubilligen, nämlich dann, wenn zugleich die Regelung der Unterhaltspflicht in den Vergleich miteinbezogen wurde. In diesem Sinne hat auch das KG. in seiner Entsch. DR. (JW.) 1939, 1926 und das OLG. Breslau: DR. (JW.) 1940, 465 erkannt. Auch LGR. Dr. Meyer stellt sich in seinen ausführlichen Darlegungen in DR. (JW.) 1940, 1986 auf denselben Standpunkt, der Senat schließt sich dem an.

(OLG. Celle, 4. ZivSen., Beschl. v. 13. Dez. 1940, 4 U 28/40.)

Recht der Ostmark

23. RG. — § 1327 ABGB. Voraussetzungen und Umfang des Schadensersatzanspruchs der Unterhaltsberechtigten beim Tode des Unterhaltsverpflichteten.

Die Kl. sind die Eltern des am 27. Juli 1921 geborenen Karl C., der am 18. Aug. 1939 bei einem Zusammenstoße mit dem dem Erstbekl. gehörigen und vom Zweitbekl. gelenkten Lastkraftwagen getötet wurde. Die Kl. behaupten, daß der Unfall auf das alleinige Verschulden

des Zweitbekl. zurückzuführen sei. Sie seien beide arbeitsunfähig, erwerbs- und vermögenslos und auf eine dem Erstkl. gebührende Rente von monatlich 136,26 *RM* angewiesen. Hiervon hätten sie nicht nur den eigenen Unterhalt, sondern auch den des getöteten und eines um vier Jahre jüngeren Sohnes bestreiten müssen. Der Getötete sei Schüler der Staatlichen Lehr- und Versuchsanstalt für die chemische Industrie gewesen, hätte sein Studium am 1. Juli 1940 beendet und in diesem Zeitpunkte eine Anstellung mit 250 *RM* erlangt. Schon zur Zeit des Unfalles habe er als Ferialpraktikant bei den Städtischen Gaswerken gegen 5 *RM* täglich gearbeitet; diese Beschäftigung hätte bis 2. Sept. 1939 dauern sollen. Seinen Ferialverdienst habe er in Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht ganz an die Kl. abgeführt. Ebenso würde er von seinem späteren Gehalt in Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflicht monatlich 200 *RM* seinen Eltern gezahlt haben. Diese begehren von den Bekl. zur ungeteilten Hand, vom 1. Juli 1940 angefangen, eine monatliche Rente von 200 *RM*.

Beide Vorinstanzen haben, ohne die von den Kl. angebotenen Beweise aufzunehmen, das Klagebegehren mit der Begründung abgewiesen, daß nach § 1327 ABGB. den Hinterbliebenen ein Ersatzanspruch nur dann zustehe, wenn der Getötete bereits zur Zeit des schädigenden Ereignisses bzw. seines Todes zur Leistung eines Unterhaltes verpflichtet war. Nun sei aber Karl C. zur Zeit des tödlichen Unfalles noch nicht selbsterhaltungsfähig gewesen.

Die Rev. ist gerechtfertigt.

Nach § 1327 ABGB. können beim Tode eines körperlich Verletzten nur die Personen Schadensersatz begehren, für deren Unterhalt der Getötete nach dem Gesetz zu sorgen hatte. Die Frage, ob die Unterhaltspflicht zur Zeit des Todes oder schon zur Zeit der Verletzung bestanden haben muß, kann hier als unerheblich beiseite gelassen werden. Jedenfalls aber ist erforderlich, daß der Getötete mindestens zur Zeit des Todes unterhaltspflichtig war. Wie die Entstehungsgeschichte der Neufassung des § 1327 ABGB. in der dritten Teilnovelle zeigt, hat der Gesetzgeber den Kreis der ersatzberechtigten Personen eng gezogen und die weitergehende Fassung des § 844 BGB. nicht übernommen. Es genügt nicht, daß bloß das die Unterhaltspflicht begründende Rechtsverhältnis zur Zeit des Todes bestanden hat. Die Unterhaltspflicht muß vielmehr bereits eine wirkliche geworden sein, was voraussetzt, daß der Getötete selbsterhaltungsfähig und imstande gewesen ist, einen Unterhalt zu leisten. Bestand beim Tode des Verletzten eine Unterhaltspflicht, dann kann allerdings auf die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwartende künftige Erhöhung des Einkommens Bedacht genommen werden.

Hingegen können Personen, die bei Lebzeiten des Getöteten keinen Unterhaltsanspruch hatten, einen Ersatzanspruch auch nicht nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechtes geltend machen, weil § 1327 ABGB. die Schadensersatzansprüche Dritter, die sich aus der Tötung einer Person ergeben, erschöpfend feststellt (DRZ. 1933, 190; ZBl. 1933 Nr. 367).

Auf die weitere Frage, ob Personen, die gegen die getötete Person einen Unterhaltsanspruch nur nach Maßgabe des ihnen nach dem Gesetz gebührenden Unterhaltes zu fordern haben, oder ob auch freiwillige Leistungen, die sie vom Getöteten zu erwarten hatten, mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 1327 zu berücksichtigen sind, ist hier nicht einzugehen.

Nach dem, was die Kl. behaupten, fehlt ihnen der standesmäßige Unterhalt. Die Richtigkeit ihrer Angaben vorausgesetzt, müssen sie als dürftig gelten. Sie waren daher unterhaltsberechtigt, falls ihr Sohn zu einer Unterhaltsleistung fähig war. Sie behaupten ferner, daß ihr Sohn, dessen Unterhalt sie sonst mit dem auf ihn entfallenden Bruchteile des Gesamteinkommens der Familie von 136,26 *RM* bestreiten mußten, in den letzten Wochen vor dem Tode täglich 5 *RM* verdiente. Ein Anspruch auf Ersatz der von den Eltern aufgewendeten Erziehungskosten steht diesen nicht zu, auch wenn sie dürftig sind. Wohl aber ist nicht zu zweifeln, daß der Sohn bei der von den Kl. behaupteten Sachlage verpflichtet war, während der Zeit seines nicht rein zufälligen Ferialverdienstes nicht nur die Kosten seines eigenen Unterhaltes zu tragen, sondern darüber hinaus von seinem wenn auch nur vorübergehenden, so doch verhältnismäßig bedeutenden Einkommen auch einen Beitrag zum Unterhalt der Eltern abzugeben.

Bei Richtigkeit der klägerischen Behauptungen bestand daher am 18. Aug. 1939 ein Unterhaltsanspruch der Kl. gegen ihren Sohn zu Recht. Wie hoch dieser Anspruch war, ist hier nicht zu untersuchen, da die Kl. einen Ersatz für die Unterhaltsbeiträge, die ihnen ihr Sohn aus dem Ferialverdienste bis zum 2. Sept. 1939 zu bezahlen hatte, mit der vorl. Klage nicht in Anspruch nehmen.

Weil ihr Sohn in der Zeit v. 2. Sept. 1939 bis 30. Juni 1940 kein Einkommen gehabt hätte, haben die Kl. für diese Zeit keinen Ersatzanspruch gestellt, sondern eine Rente erst ab 1. Juli 1940 begehrt. Daraus, daß sie mit der vorl. Klage für die Zeit v. 18. Aug. bis 2. Sept. nichts beanspruchten, kann auf einen Verzicht auf einen Ersatz für die aus dem höheren Verdienste nach dem 1. Juli 1940 zu leistenden Unterhaltsbeiträge sicherlich nicht geschlossen werden. War daher Karl C. am 18. Aug. 1939 zu Unterhaltsleistungen verpflichtet, dann ist das Ersatzbegehren der Kl. für die Zeit des anzunehmenden späteren Einkommens gerechtfertigt.

Das BG. wies das Klagebegehren auch mangels Fälligkeit ab. Allein aus § 407 ZPO. ergibt sich, daß im Falle der Tötung, Körperverletzung und Freiheitsentziehung die Verurteilung zu einer Geldrente, also eine Verurteilung zur Leistung noch nicht fälliger Beträge zulässig ist. Kann nun zu künftig fällig werdenden Leistungen verurteilt werden, so ist nicht einzusehen, warum dies nur zulässig sein sollte, wenn hiermit auch eine Verurteilung zur Leistung bereits fälliger Beträge verbunden ist, nicht auch, wenn nur künftig fällig werdende Leistungen in Betracht kommen.

(RG., VIII. ZivSen., Beschl. v. 7. Nov. 1940, VIII 113/40.) [He.]

*

24. RG. — § 31 JN.; § 606 ZPO. Eine Verweisung eines Rechtsstreits nach § 31 JN. aus Zweckmäßigkeitsgründen von einem Gericht des Altreichs an ein an sich zuständiges sudetendeutsches Gericht ist nicht statthaft.

Das RG. hat bereits durch Beschl. v. 2. März 1939, IV GB 26/39 RGZ. 159, 319 = DR. 1939, 454[23] entschieden, daß die Verweisung eines Rechtsstreits nach § 31 JN. aus Zweckmäßigkeitsgründen von einem an sich zuständigen Gericht im sudetendeutschen Gebiete an ein entsprechendes Gericht des Altreiches nicht stattfindet, weil dem Verfahren der RZPO. eine Verweisung der Art, wie in § 31 JN. geordnet, unbekannt ist. Daraus folgt ohne weiteres, daß eine solche Verweisung von einem Gericht des Altreiches an ein sudetendeutsches Gericht ebensowenig statthaft ist. Denn damit würde im Altreich, das von den Vorschriften der RZPO. beherrscht wird, die gerade für Ehesachen die genauen Zuständigkeitsvorschriften des § 606 ZPO. gibt und diejenigen des Abs. 1 mit zwingender Kraft erlassen hat, nicht nach den Vorschriften dieser ZPO. verfahren, sondern nach Prozeßrechtsvorschriften, die in einem anderen Prozeßgebiet des Gesamtreiches (vgl. RGZ. 161, 18 = DR. 1939, 1919; RGZ. 162, 128) gelten. Die RZPO. kennt nur die Verweisung nach § 276 ZPO., die aber voraussetzt, daß das mit der Sache zunächst befaßte Gericht sich für unzuständig erklären kann und erklärt und die überdies im Verhältnis zu den Gerichten eines anderen Prozeßgebietes des Reiches gleichfalls unstatthaft ist und keine bindende Wirkung hat, RGZ. 159, 167, 171 = DR. 1939, 246; RGZ. 159, 319 = DR. 1939, 454. Freilich besteht hier darüber kein Zweifel, daß das sudetendeutsche Gericht, das LG. für A., nach dem dort geltenden § 76 JN. als Gericht des letzten gemeinsamen ehelichen Wohnsitzes der Ehegatten für die Ehescheidungsklage auch — neben dem Gericht des Altreiches — und sicher zuständig wäre. Die wegen des Geisteszustandes und damit der Geschäftsfähigkeit des klagenden Ehemannes hinsichtlich der Begründung eines Wohnsitzes im Jahre 1939 entstandenen Zweifel an der Zuständigkeit des B.er Gerichtes nach § 606 Abs. 1 ZPO. lassen sich aber nicht auf dem eingeschlagenen Weg über die Verweisung aus Zweckmäßigkeitsgründen

umgehen. Dies wäre nur etwa möglich durch eine Rücknahme der B.er Klage, über die noch nicht streitig verhandelt ist, und ihre Neuanbringung bei dem LG. für A., falls der Rechtsstreit unter den eingetretenen Verhältnissen vom Ehemann überhaupt fortgesetzt werden soll.

(RG., II. ZivSen., Beschl. v. 6. Nov. 1940, II GB 119/40.) [N.]

Reichsarbeitsgericht

**** 25. RArbG. — § 1425 RVO.; § 42 EinkStG.; § 19 VO. über das Arbeitsbuch v. 22. April 1939; VO. über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels v. 1. Sept. 1939; § 630 BGB.; § 113 GewO.; § 170 Abs. 2 ArbVermG.**

1. Invalidenkarte und Steuerkarte sind schon bei der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückzugeben, nicht erst dann, wenn das Arbeitsverhältnis rechtlich beendet ist. Ein aus dem Arbeitsverhältnis abzuleitendes Zurückbehaltungsrecht besteht insoweit nicht.

2. Ein Zurückbehaltungsrecht am Arbeitsbuch besteht nur in den durch die 7. Anordnung zur Durchf. des Vierjahresplans v. 22. Dez. 1936 geregelten Fällen.

3. Die einmal erteilte Zustimmung des Arbeitsamts zur Lösung eines Arbeitsverhältnisses gemäß VO. vom 1. Sept. 1939 kann grundsätzlich nicht mehr widerrufen werden. Ausnahme im Fall einer durch arglistige Täuschung erschlichenen Zustimmung.

4. Beschäftigungszeugnis und Arbeitsbescheinigung können erst verlangt werden, wenn das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet ist. †)

Die Kl., die bei der Bekl. von Nov. 1937 ab als Arbeiterin beschäftigt war, hat das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der zwei Wochen betragenden Kündigungsfrist zum 15. Dez. 1939 gekündigt. Zu der Kündigung hatte die Kl. schon vorher die Genehmigung des Arbeitsamts erhalten. Am 15. Dez. 1939 teilte das Arbeitsamt der Bekl. fernmündlich mit, daß die Zustimmung zur Kündigung auf Grund einer amtsärztlichen Arbeitsplatzbesichtigung widerrufen werde. Die Bekl. hat den Widerruf der Kl. noch am selben Tage bekanntgegeben.

Die Kl. ist der Auffassung, das Arbeitsamt habe die einmal erteilte Zustimmung zu der Kündigung nicht mehr widerrufen können, so daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung rechtswirksam aufgelöst sei. Die Kl. hat in zwei getrennt erhobenen Klagen zunächst die Herausgabe ihres Arbeitsbuchs, der Steuerkarte und der Invalidenversicherungs-Quittungskarte, außerdem die Ausstellung eines Beschäftigungszeugnisses und einer Arbeitsbescheinigung, und sodann die Zahlung von 84,48 *RM* Schadenersatz gefordert, weil sie wegen der Vorenthaltung ihrer Arbeitspapiere keine Beschäftigung habe finden können.

Das ArbG. hat den Widerruf der Zustimmung für zulässig erachtet und deshalb beide Klagen abgewiesen. Dagegen hat das BG. nach Verbindung beider Sachen den Klageanträgen stattgegeben. Die Rev. der Bekl. ist zurückgewiesen, soweit die Herausgabe der Invalidenkarte und der Steuerkarte in Betracht kam; im übrigen ist aufgehoben und zurückverwiesen.

I. Die Rev. ist unbegründet, soweit die Bekl. zur Herausgabe der Invalidenversicherungs-Quittungskarte und der Steuerkarte verurteilt worden ist. Nach § 1425 RVO. darf niemand die Quittungskarte wider den Willen des Inhabers zurückbehalten. Dieses Verbot gilt auch für den Fall einer unberechtigten vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Rückgabe der Quittungskarte ist — anders wie beim Arbeitsbuche — nicht vorgesehen. Was die Steuerkarte anbelangt, so ist diese nach § 42 EinkStG. v. 27. Febr. 1939 (RGBl. I, 297/310) vom Arbeitgeber während der Dauer des Dienstverhältnisses aufzubewahren und dem Arbeitnehmer am Ende des Kalenderjahrs oder bei der Beendigung des Dienstverhältnisses zurückzugeben. Die Steuerkarte für 1939 hätte daher spätestens nach Ablauf des genannten Jahres an die Kl. zurückgegeben werden müssen. Die Rückgabe der Steuerkarte für 1940, die mit der Klage gemeint sein wird, konnte die Kl. von dem Zeitpunkte ab verlangen, an dem sie die Dienstleistung endgültig eingestellt hatte. Denn § 42 des vorgenannten Gesetzes hat nur die tatsächliche Beendigung des Dienstverhältnisses und das damit verbundene Aufhören der Lohnzahlungen im Auge, womit zugleich die Abführung der Lohnsteuer durch den Arbeitgeber entfällt, für den die Steuerkarte nunmehr entbehrlich wird. Der hier eingenommene Standpunkt hinsichtlich der Rückgabe der Quittungskarte und der Steuerkarte entspricht der ständigen Rspr. des RArbG. und ist namentlich in RArbG. 23, 155 (161 ff.) ausführlich begründet worden. Dort ist insbes. auch ausgeführt, daß das Rückforderungsrecht des Arbeitnehmers, weil es auf den obengenannten öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der Reichsversicherungs- und Steuergesetze beruht, keinem aus dem Arbeitsrecht abzuleitenden Zurückbehaltungsrecht unterliegt, und daß ihm der Einwand unzulässiger Rechtsausübung auch im Falle unberechtigter Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht entgegengesetzt werden kann. Die gesetzlichen Maßnahmen, welche mittelbar oder unmittelbar der Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels dienen, greifen in den hier erörterten Zusammenhang nicht über. Sie gewährleisten ohnehin, daß der Arbeitnehmer den Besitz der Quittungskarte und der Steuerkarte nach dem unberechtigten Ausscheiden aus einer Arbeitsstelle zur Erlangung einer anderen nicht erfolgreich ausnutzen kann.

II. Nach § 19 VO. über das Arbeitsbuch v. 22. April 1939 (RGBl. I, 824) hat der Unternehmer bei der Beendigung der Beschäftigung das Arbeitsbuch dem Arbeiter, Angestellten oder Familienangehörigen zurückzugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht daran steht ihm nach Satz 2 das. nur in den durch die 7. Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über die Verhinderung rechtswidriger Lösung von Arbeitsverhältnissen v. 22. Dez. 1936 (DRAnz. Nr. 299) geregelten Fällen zu. Unter „Beendigung der Beschäftigung“ ist dabei nach der allgemein herrschenden, auch in RArbG. 23, 155 (158) bestätigten Auffassung die tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verstehen. Diese war hier mit dem Ablauf des 15. Dez. 1939 eingetreten. Grundsätzlich hätte daher die Bekl. das Arbeitsbuch an die Kl. zurückgeben müssen, sofern der Bekl. nicht das in der 7. Anordnung zur Durchf. des Vierjahresplans zugelassene Zurückbehaltungsrecht zur Seite stand. Das Zurückbehaltungsrecht greift nach dieser Bestimmung nur für die Unternehmer gewisser Wirtschaftszweige, darunter der Eisen- und Metallwirtschaft, Platz. Die genaue Abgrenzung dieses Wirtschaftsgebietes ist aus Nr. 2 der 2. Anordnung zur Durchf. des Vierjahresplans v. 7. Nov. 1936 (DRAnz. Nr. 262) zu entnehmen. Die Bekl. stellt, wie unstreitig ist, wärmetechniche elektrische Meßapparate her, ist also ein Unternehmen der elektrischen oder jedenfalls der feinmechanischen Industrie und nach der soeben genannten Bestimmung (dort unter 8 und 9) der Eisen- und Metallwirtschaft zuzurechnen. Sie ist demnach für den Fall der unberechtigten vorzeitigen Lösung des Arbeitsverhältnisses durch das Gefolgschaftsmitglied berechtigt, das Arbeitsbuch bis zu dem Zeitpunkt zurückzubehalten, in dem die Beschäftigung im Falle einer ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses endigen würde.

Die Entsch. hängt also, soweit das Arbeitsbuch in Betracht kommt, davon ab, ob die von der Kl. zum 15. Dez. 1939 erklärte Kündigung wirksam war. Die Kündigung bedurfte nach § 1 Abs. 1 VO. über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels v. 1. Sept. 1939 (RGBl. I, 1685) der Zustimmung des Arbeitsamts. Diese Zustimmung hatte die Kl. allerdings vor dem Ausspruch der Kündigung erhalten. Jedoch hat das Arbeitsamt die Zustimmung noch am letzten Tage der Kündigungsfrist widerrufen und den Widerruf der Kl. durch die Bekl. bekanntgeben lassen. Es ist zu prüfen, ob ein solcher Widerruf zulässig ist. Die hierbei auftauchenden Rechtsfragen sind inzwischen in dem Erlasse des RArbM. v. 19. April 1940, Va 5551/177 (RArbBl. I, 251) behandelt worden. Darin wird mit Recht der Standpunkt vertreten, daß die einmal erteilte Zustimmung zur Lösung eines Arbeits- oder Lehrverhältnisses grundsätzlich nicht mehr widerrufen oder im Dienstaufsichtswege geändert werden kann. Die Zustimmung ist, wie der Erlaß überzeugend ausführt, eben keine Verwaltungsmaßnahme gewöhnlicher Art, die aus Gründen

der Zweckmäßigkeit oder der besseren Einsicht nachträglich wieder aufgehoben werden könnte, sondern sie wirkt sich rechtsgestaltend aus, indem sie einer Kündigung den dieser sonst fehlenden rechtlichen Bestand verleiht. Es wäre mit den Anforderungen, die im Interesse der Rechtssicherheit zu stellen sind, unverträglich, wenn das Arbeitsamt die einmal geschaffene Rechtslage beliebig wieder umstoßen könnte. Gleich zwingende rechtliche Notwendigkeiten erfordern aber auf der anderen Seite, daß das Arbeitsamt an einer durch arglistige Täuschung erschlichenen Zustimmung ebensowenig festzuhalten braucht, wie dies nach § 123 BGB. bei rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen der Fall ist. Davon geht auch der vorgenannte Erlaß des RArbM. aus. Nimmt das Arbeitsamt eine so erschlichene Zustimmung zurück, bevor die Kündigungsfrist abgelaufen ist, dann kann die Kündigung keine Wirkung mehr haben. Denn die Kündigung ist nur das Mittel, das die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach sich zieht. Die VO. v. 1. Sept. 1939 will aber nicht etwa bloß die Kündigungserklärung als solche, sondern gerade deren Erfolg, d. h. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, von der Zustimmung des Arbeitsamts abhängig machen. Wie die Rechtslage wäre, wenn die Zustimmung erst nach dem Ablauf der Kündigungsfrist zurückgenommen sein würde, kann dahingestellt bleiben, da die Rücknahme hier unstreitig vorher erfolgt ist. Zusammenfassend ergibt sich, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbestehen würde, die Bekl. also weder zur Rückgabe des Arbeitsbuches noch zur Leistung von Schadenersatz verpflichtet wäre, sofern die Kl. die Zustimmung des Arbeitsamts durch arglistige Täuschung herbeigeführt haben sollte.

Nach dieser Richtung hin hatte die Bekl. behauptet, die Kl. habe das Arbeitsamt durch unwahre Angaben über die Art ihrer Beschäftigung getäuscht; sie habe auch schon früher — damals aber ohne Erfolg — denselben Täuschungsversuch gemacht. Das BG. hat diese Behauptung jedoch nicht genügend geprüft. (Wird ausgeführt.) Das Berufungsurteil konnte daher nicht von Bestand sein, soweit die Bekl. zur Herausgabe des Arbeitsbuchs und zur Leistung von Schadenersatz verurteilt worden ist.

III. Dasselbe gilt von den Ansprüchen der Kl. auf Ausstellung eines Beschäftigungszeugnisses und einer Arbeitsbescheinigung. Das Beschäftigungszeugnis kann nach § 630 BGB. und § 113 GewO. jedenfalls nicht eher verlangt werden, als das Arbeitsverhältnis rechtswirksam gekündigt ist. Diese Auffassung steht in der Rspr. und im Schrifttum fest. Auch die Arbeitsbescheinigung gem. § 170 Abs. 2 ArbVermG. kann von dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht vor der Beendigung des Arbeitsvertrags verlangt werden, da ihm dann auch keine Arbeitslosenunterstützung zusteht. So sind auch diese Ansprüche der Kl. von der weiteren Aufklärung des Sachverhalts abhängig.

(RArbG., Urt. v. 11. Sept. 1940, RAG 97/40. — Düsseldorf.)

Anmerkung: I. Mit dem rechtlichen Charakter der Arbeitspapiere hat das RArbG. schon mehrfach sich zu befassen Gelegenheit gehabt. Insbesondere hatte es schon in dem Urteile RAG 268/39 v. 21. Mai 1940 (RArbG. 23, 155 = ArbRSamml. 39, 167 [RArbG.]) mit Schärfe den verschiedenen rechtlichen Charakter und Zweck betont, der einerseits dem Arbeitsbuche und andererseits der Invalidenversicherungs-Quittungskarte und der Steuerkarte innewohne. Abzulehnen sei, sagte es, die Ansicht, daß die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Herausgabe dieser Arbeitspapiere einheitlich, und zwar nach der Bestimmung des § 19 der VO. über das Arbeitsbuch v. 22. April 1939 i. Verb. m. § 3 Abs. 2 der Anordnung v. 10. März 1939 (RGBl. I, 449) und § 1 der VO. v. 1. Sept. 1931 zu beurteilen sei. Diese Verpflichtung richte sich vielmehr bei jedem Arbeitspapier entsprechend seinem Zwecke nach der besonderen, für dieses getroffenen gesetzlichen Regelung. Wie im jetzt abgedruckten Urteil hatte das RArbG. sich in dem Urteile v. 21. Mai 1940 hinsichtlich der Invalidenversicherungs-Quittungskarte auf § 1425 RVO. — „niemand darf die Quittungskarte wider den Willen des Inhabers zurückbehalten" — und hinsichtlich der Steuerkarte auf § 42 EinkStG. vom 27. Febr. 1939 (RGBl. I, 297/310) berufen, und das öffentliche Interesse betont, dem zu dienen die Steuerkarte bestimmt sei, wie auch bei der Invalidenversicherungs-Quittungskarte es sich um eine Verpflichtung öffentlich-rechtlicher Art handele, dergegenüber aus dem Arbeitsverhältnis herrührende Belange des Unternehmers nicht in Betracht kämen.

Alle Beweisgründe, die man, um ein Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers an Invaliden- und Steuerkarte zu verneinen, aus dem „Charakter und Zweck" dieser Papiere herleitet, treffen auch für das Arbeitsbuch zu. Dieses dient vielleicht sogar noch im höheren Grade öffentlich-rechtlichen Belangen als jene beiden Papiere. Das Arbeitsbuch ist nach § 1 ArbeitsbuchG. v. 26. Febr. 1935 (RGBl. I, 311) und 30. Okt. 1939 (RGBl. I, 2180) eingeführt worden, „um die zweckentsprechende Verteilung der Arbeitskräfte in der deutschen Wirtschaft zu gewährleisten". Nur durch die Einführung der Arbeitsbücher und der entsprechenden Karteien der Arbeitsämter war die gut funktionierende Übersicht über die Arbeitskräfte und deren Lenkung an die richtige Einsatzstelle möglich geworden, die der drohende und dann ausgebrochene Krieg erforderte. Und es konnte dabei nicht gefragt werden, ob den Arbeitskräften an der Einführung solcher Papiere etwas lag oder die Unternehmer auf die Mühe und Verantwortung der Verwahrung Wert legten. Bei den anderen beiden Arten der Arbeitspapiere ist dagegen sogar viel mehr auch das persönliche Interesse der Inhaber in die Augen springend. Die Quittungskarte dient ihm zum Beweise dafür, daß die Beiträge zu Erwerb und Erhaltung der Anwartschaft auf die Versicherungsleistungen ordnungsgemäß entrichtet sind; die Steuerkarte „dient nur dem einen Zweck, den richtigen und rechtzeitigen Steuerabzug vom Arbeitslohne zu gewährleisten". Dem Reiche als Steuerberechtigtem kann aber aus dem Fehlen der Steuerkarte kein Schaden erwachsen. Es bekommt dann eben den vollen Steuersatz von 10% des Lohneinkommens, der Lohnsteuerpflichtige dagegen kann die Bedingungen, unter denen er den Vorteil der Steuerermäßigungen hat, allein durch die Steuerkarte nachweisen. Invalidenversicherungs-Quittung und Steuerkarte dienen also in sehr erheblichem Maße den vermögensrechtlichen Belangen ihrer Inhaber. An dem Besitze beider Papiere kann aber auch der Unternehmer bis zur Beendigung seiner vertraglichen Gebundenheit Interesse haben, weil er damit beweisen kann, daß er nicht zu wenig Invalidenversicherungsmarken beschafft und geklebt hat und daß er berechtigt war, weniger als 10% Lohnsteuer an das Finanzamt, dem er doch als Steuergarant selbstschuldnerisch haftet, abzuführen.

Daß an dem Arbeitsbuch kein Zurückbehaltungsrecht besteht, kann man eben auch aus seinem „Charakter und Zweck" schlußfolgern, auch wenn es nicht ausdrücklich in § 5 Abs. 2 der Ersten VO. zur Durchführung des ArbeitsbuchG. v. 16. Mai 1935 (RGBl. I, 602) stünde.

Ausschlaggebendes Argument für die verschiedene rechtliche Einschätzung des Arbeitsbuchs einerseits und der Invaliden- und Steuerkarte andererseits kann daher nur der Umstand sein, daß die Siebente Anordnung zur Durchführung des Vierjahresplans über die Verhinderung rechtswidriger Lösung des Arbeitsverhältnisses v. 22. Dez. 1936 (RAnz. Nr. 299; RArbBl. 1937 Heft 2 I S. 13) den Unternehmern der dort genannten Wirtschaftszweige erlaubt, vertragsbrüchigen Gefolgsleuten das Arbeitsbuch bis zur ordnungsmäßigen Lösung des Arbeitsverhältnisses vorzuenthalten. Es handelt sich also hier um die Ausnahme von einer Regel, und deshalb ist dem RArbG. sowohl für den vorliegenden Fall als auch für die früheren Entscheidungen voll zuzustimmen, daß weil die Siebente Anordnung Invaliden- und Steuerkarte nicht nennt, sie die Verleihung des Zurückbehaltungsrechts auf letztere beiden Papiere nicht ausgedehnt hat. Die Siebente Anordnung will, wie sie sagt, „rechtswidrige Lösung von Arbeitsverhältnissen verhindern", nämlich „besonders sicherstellen, daß in den dort genannten Wirtschaftszweigen Arbeiter und Angestellte ihren Platz nur nach ordnungsgemäßer Lösung der Beziehungen verlassen. Die Anordnung muß daher als eine an die Unternehmer jener Wirtschaftszweige gerichtete Aufforderung angesehen werden, sich Vertragsbrüche nicht gefallen zu lassen und durch Zurückbehaltung der Arbeitsbücher, die für die Unter-

nehmer doch keinerlei wirtschaftlichen Wert haben, einen Druck auszuüben.

Es ist klar, daß so ein Druck noch empfindlicher wäre, wenn die Siebente Anordnung die Zurückbehaltungsanregung auch auf die die Vermögensvorteile sicherstellenden Versicherungsquittungen und Steuerkarten ausgedehnt hätte. Von diesen Gesichtspunkten ausgehend, hatten die LArbG. Stuttgart (Sa 24/39 v. 21. Okt. 1939, Kallee-Kartei, „Akkordarbeit", Wechsel I) und Leipzig (24 Sa 30/40 v. 18. Juni 1940, ArbRSamml. 39, 44 [LArbG.]) auch die Versicherungs- und Steuerpapiere als zurückhaltbar angesehen. Durch das vorliegende Urteil ist die für die Praxis der Lohnbüros wünschenswerte Klarheit geschaffen und, quia Lipsia locuta est, für die Zukunft jeder Zweifel beseitigt.

Dadurch, daß jetzt Arbeitsvertragsbruch mit Strafe bedroht ist, hat das private Druckmittel der Vorenthaltung des Besitzers des Arbeitsbuchs an Bedeutung verloren, sie aber nicht ganz eingebüßt.

Nicht selten suchen Unternehmer bei Vertragsbruch ihrer Leute Weiterungen dadurch persönlich zu entgehen, daß sie das Arbeitsbuch ans Arbeitsamt, die Quittungskarte an die Versicherungsanstalt, die Steuerkarte an das Finanzamt schicken. Bestimmungen für diese Ämter bestehen für solche Fälle nicht. Sie pflegen die Papiere in Verwahrung zu nehmen und händigen sie dem Berechtigten auf Anfordern aus.

II. Kein Zweifel herrscht mehr in der Praxis darüber, daß erteilte Zustimmungen der Arbeitsämter zur Lösung von Arbeitsverhältnissen nicht widerrufen werden können. Der vom RArbG. angeführte Erlaß des RArbM. vom 19. April 1940 (RArbBl. I, 251) klärt die unterstellten Arbeitsämter in wünschenswerter Weise über die Rechtslage auf und weist sie durch die Aufforderung zu besonderer Sorgfalt auf ihre Verantwortlichkeit hin. Daß bei mit arglistiger Täuschung erschlichenen Zustimmungen zu besonderen Maßregeln gegriffen werden muß, ist aus allgemeinen Rechtsgründen selbstverständlich. Bei Berücksichtigung aller Umstände und insbesondere Würdigung der Interessen dritter Beteiligter kann das Arbeitsamt, wenn eine Kündigung rückwirkend nichtig befunden wird, einen gerechten Ausweg versuchen.

III. Daß das Beschäftigungszeugnis nach § 630 BGB. und § 113 GewO. sowie die Arbeitsbescheinigung gem. § 170 Abs. 2 AVAVG. erst verlangt werden können, wenn das Arbeitsverhältnis rechtswirksam gelöst ist, ist anerkannten Rechtens.

LGDir. Dr. Wunderlich, Leipzig.

Reichspatentamt

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen abgedruckt]

26. § 1 WZG. Voraussetzung für Erteilung eines Warenzeichenschutzes auf Bildzeichen ist regelmäßig seine allseitige flächenmäßige Begrenzung. Daher sind nur zweiseitig abgegrenzte Darstellungen lediglich bei Nachweis eines Gewohnheitsrechtes innerhalb der beteiligten Verkehrskreise zeichenschutzfähig. Ablehnung der Eintragung eines unendlich verlaufenden Streifens für Litzen und Bänder.

Für elastische und unelastische Bänder, Durchzugsbänder und Litzen hat die Anmelderin, eine Gummibandfabrik, eine zickzackförmige Linie zum Zeichenschutz angemeldet, die sich nach der eingereichten Beschreibung über die Länge der Ware erstreckt und durch eine besondere Farbe, etwa goldig oder gelb, von dem andersfarbigen Untergrund abhebt.

Die Prüfungsstelle hat die Anmeldung zurückgewiesen, insbes. weil es sich hier nicht um ein allseitig, sondern nur zweiseitig abgegrenztes und deshalb unendlich verlaufendes Flächengebilde handelt und ein Gewohnheitsrecht, wie es sich anerkanntermaßen, insbes. bei Kabelkennfäden, Schläuchen, Webkanten und Farbstrichen auf gezogenen Glasröhren und Glasstäben entwickelt hat, nicht dargetan sei. Die Prüfungsstelle beruft sich hierbei vor allem auf die Entsch. des erk. Sen. v. 14. Dez. 1934 über eine gleichliegende Anmeldung C 36704/30 der gleichen Anmelderin (vgl. PatMustZeichBl. 1935, 15 f.).

Zur Begründung ihrer Beschwerde führt die Anmelderin in erster Linie aus, jene Senatsentscheidung sei durch das Erkenntnis v. 31. Okt. 1939 in der Kabelkennfädensache A 28078/22 b Wz (PatMustZeichBl. 1939, 206) überholt worden. Dies trifft jedoch nicht zu. Denn sowohl diese Kabelfaden-Entscheidung wie auch die kurz danach ergangene Kabelkennfaden-Verordnung v. 21. Nov. 1939 (PatMustZeichBl. 1939, 203) behandeln ausschließlich Kennfäden für Kabel u. dgl., keinesfalls aber sind sie auf Gummibänder anwendbar, die wesentlich anderen Zwecken dienen und in anderen Betrieben hergestellt werden als Kabel und verwandte Waren, bei denen ganz besondere Verhältnisse eine Rolle spielen.

Bei der im vorl. Falle zu treffenden Entscheidung ist von den gleichen Grundsätzen auszugehen, die den Senat zu seiner vorgenannten Entsch. v. 14. Dez. 1934 veranlaßt haben, insbes. von den folgenden Erwägungen (PatMustZeichBl. 1935, 15 linke Spalte unten):

„Die Anmelderin beruft sich auf ihr Bedürfnis nach wirkungsvoller, alle Abnehmerkreise ergreifender Werbung. Ein Aufdrucken ringsbegrenzter Kennmarken auf ihre Bänder und Litzen in regelmäßigen kurzen Abständen sei zu teuer, und die bequem mit einem allseitig begrenzten Warenzeichen versehbare, an den Zwischenhändler gelangende Fabrikpackung komme meist nicht bis in die Hand der Hausfrau, da diese für gewöhnlich nur kurze Stücke benötige. Die Eintragung eines Gebildes der angemeldeten Art in die Warenzeichenrolle läßt sich indes keineswegs schon damit rechtfertigen, daß sich ein Gewerbetreibender zu so primitiver Kennzeichnung durch beträchtliche technische Schwierigkeiten, sozusagen durch die ‚Tücke des Objektes', genötigt fühlt. Zunächst muß sich, wie z. B. bei den bunten Webstoffkanten, infolge eines ernsthaften Bedürfnisses innerhalb der beteiligten Erzeugerkreise eine allgemeine Gepflogenheit herausgebildet haben, die dann ihrerseits im Laufe der Jahre die Kundschaft daran gewöhnt hat, bloße fortlaufende Farbstreifen u. dgl. als Ursprungsmarken zu werten. Darüber hinaus wird für eine Anerkennung der Zeichenschutzeignung auch noch zu fordern sein, daß sich für die betreffende Sonderware mit Hilfe des geschilderten Handelsbrauches zugunsten der einschlägigen Geschäftskreise ein Gewohnheitsrecht entwickelt hat, dessen Anerkennung jedesmal strenge Nachprüfung erheischt, sollen nicht die Grenzen des Warenzeichenrechtes gegenüber anderen Bezirken des gewerblichen Rechtsschutzes, z. B. gegenüber der Ausstattung und dem Geschmacksmuster, unrettbar verwischt werden."

Weder das schriftliche noch das mündliche Beschwerdevorbringen der Anmelderin zu der jetzigen Neuanmeldung ihrer damals vom Zeichenschutz ausgeschlossenen Zickzacklinie auf Gummilitzen u. dgl. bot Anlaß, von diesen Grundsätzen abzugehen. Erfolg hätte der Beschwerde daher nur dann beschieden sein können, wenn es der Anmelderin im Gegensatze zu ihrer ersten Anmeldung diesmal gelungen wäre, ein aus allgemeiner Übung geborenes Gewohnheitsrecht der geforderten Art darzutun. Die Anmelderin hat jedoch in dieser Beziehung zur Rettung ihrer Anmeldung lediglich auszuführen vermocht, daß sie die in Rede stehende Kennzeichnung seit nunmehr über 6 Jahren (nämlich seit etwa Februar oder März 1934) verwende, und zwar in großem Umfange im Inlande sowohl wie auch im Auslande, und daß sie seitdem auch eine überaus rege Werbung mit Hilfe des Zeichens entfaltet habe. Abgesehen davon, daß für die Entwicklung eines Gewohnheitsrechts der fraglichen Art ein Zeitraum von etwa 6—7 Jahren nur selten ausreichen wird, hat sich eine allgemeine Gepflogenheit innerhalb der beteiligten Erzeugerkreise auch nach den eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin noch nicht herausgebildet. Im Gegenteil: Die Anmelderin hat anderen Wettbewerbern eine Verwendung einer Kennzeichnung der angemeldeten Art erfolgreich verwehrt. Nur eine einzige Firma des Altreichs, die Firma H. in Wuppertal, und ein Wiener Unternehmen soll einen (roten) Kennfaden an der Kante von Gummibändern (insbes. für Strümpfe) verwenden oder verwandt haben. Ob sich das angemeldete Zeichen, wie die Anmelderin u. a. geltend macht und auch zu belegen versucht hat, innerhalb Großdeutsch-

lands als ein Hinweis auf ihren Geschäftsbetrieb „durchgesetzt“ hat, braucht unter diesen Umständen nicht nachgeprüft zu werden. Denn nach Lage der Dinge käme hier im günstigsten Falle nur eine Durchsetzung als Ausstattung der Ware in Frage. Außerdem betont die Anmelderin selbst, ein Bedürfnis für den erbetenen Zeichenschutz bestünde nicht für die vielen kleinen Betriebe, welche einfache Massenwaren herstellten, sondern nur für die vorhandenen 6 Großfirmen, welche sich mit der Herstellung von Qualitätslitzen befaßten. Von einer allgemeinen Gepflogenheit innerhalb der Litzenindustrie kann also zur Zeit keine Rede sein. Unter diesen Umständen vermag auch der Umstand die Schutzfähigkeit des angemeldeten Zeichens nicht zu begründen, daß die Anmelderin in der mündlichen Verhandlung hilfsweise eine Beschränkung ihres Begehrens auf den Schutz von im einzelnen ganz bestimmten Farben (gold, braun oder ähnliche Tönungen) angeboten hat.

Hat hiernach die Prüfungsstelle der angemeldeten Kennzeichnung mit Recht den Zugang zur Zeichenrolle verschlossen, so war auf Zurückweisung der Beschwerde zu erkennen.

(RPatA., 12. BeschwSen., Entsch. v. 4. Dez. 1940, V 17057/30 Wz.)

Sächsisches Oberverwaltungsgericht

27. **§ 8 EinzelhandelSchG. Die Verfügung auf Schließung einer Verkaufsstelle nach § 8 EinzelhandelSchG. stellt nicht eine Untersagung des Gewerbebetriebes i. S. der RGewO. dar.**

Die Neuhereinnahme von Haus- und Küchengeräten in die Verkaufsstelle einer Verbrauchergenossenschaft ist der Errichtung einer neuen Verkaufsstelle i. S. des EinzelhandelSchG. gleichzuachten.

Ende 1937 begann eine Verbrauchergenossenschaft in ihrer schon seit langem bestehenden Verkaufsstelle mit dem Verkauf von Haus- und Küchengeräten. Auf Anzeige der zuständigen Wirtschaftsgruppe forderte der Oberbürgermeister die Genossenschaft auf, den Verkauf dieser Waren einzustellen, soweit sie vor dem Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. nicht geführt worden seien. Diese Verfügung stellt eine solche im Sinne von § 8 EinzelhandelSchG. dar. Denn sie spricht für einen Teil der feilgehaltenen Waren das Verbot des weiteren Feilhaltens aus, enthält also insoweit eine Teilschließung des Betriebes in der Verkaufsstelle. Eine Untersagung des Gewerbebetriebes im Sinne der RGewO. enthält sie nicht. Denn eine Untersagung des Gewerbebetriebes nimmt dem Betroffenen die Befugnis, ein bestimmtes Gewerbe überhaupt zu betreiben. Die Schließung einer Verkaufsstelle oder die Untersagung des Verkaufs bestimmter Waren darin läßt dagegen die Gewerbebefugnis selbst im übrigen unberührt.

Die neu aufgenommenen Haus- und Küchengeräte sind gegenüber den in der Verkaufsstelle früher hauptsächlich geführten Waren völlig artfremd und stehen mit ihnen in keinerlei Zusammenhang. Zwar war die Verkaufsstelle nicht ein reines Lebensmittelgeschäft, vielleicht auch nicht ganz überwiegend ein Lebensmittelgeschäft; denn der Umsatz an Nicht-Lebensmitteln betrug über 20% des Gesamtumsatzes. Jedoch ist aus den vorgelegten Zusammenstellungen von Einkaufsposten zu ersehen, daß sich die Nicht-Lebensmittel ganz überwiegend aus Zigarren, Tabak, Seife und anderen zum Verbrauch bestimmten Gütern zusammensetzten. Nur ganz vereinzelt erscheinen hier nicht zum Verbrauch bestimmte Waren, insbesondere „Haus- und Küchengeräte“, wie Schrubber, Besenstiele, Pantoffeln, Bürsten, Stollenbretter, Wäscheleinen, Wärmflaschen, Isolierflaschen usw. Auf solche Waren entfielen höchstens 10% der Einkaufssumme für Nicht-Lebensmittel, vom Gesamtumsatz der Verkaufsstelle aber nur ein ganz geringer Hundertsatz, schätzungsweise etwa 2%. Der Gesamtcharakter des Geschäfts ist also ganz überwiegend durch den Verkauf von Lebensmitteln und sonstigen Verbrauchsgegenständen eindeutig bestimmt gewesen. Nur darauf aber, Waren welcher Art beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. im wesentlichen wirklich geführt wurden, kommt es hier an. Unwesentlich ist, daß die Genossenschaft als ein Konsumverein im Sinne des Gesetzes über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften den gemeinschaftlichen Einkauf von Lebens- oder Wirtschaftsbedürfnissen im großen und Absatz im kleinen hätte betreiben dürfen, daß sich nach ihrer Satzung ihre Tätigkeit auf den Einkauf von Bedarfsgütern im großen und die Abgabe an die Genossen im kleinen erstrecken darf und daß sie als Gegenstand ihres Gewerbes die Verabreichung von Verbrauchsgegenständen für Haus und Gewerbe angemeldet hat. Da die Genossenschaft beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. tatsächlich nur einige wenige Arten nicht zum Verbrauche bestimmter „Haushaltartikel“ geführt und in diesen Waren ein nebensächliches, im Verhältnis zum Gesamtumsatz ganz geringfügiges Geschäft gemacht hat, war ihre Verkaufsstelle in jenem Zeitpunkt auch nicht ein „Gemischtwarengeschäft“. Damals waren allenfalls Ansätze zu einem Gemischtwarengeschäft vorhanden. Jedenfalls konnte nach der Art, wie das Geschäft bis 1933 betrieben wurde, auch die Bevölkerung nicht erwarten, dort allgemein Haus- und Küchengeräte zu finden. Ob in dem fraglichen Ortsteil mehr ländliche Verhältnisse herrschen und ob dort sonst noch Gemischtwarenläden ländlicher Art bestehen, kann dahingestellt bleiben, da jedenfalls die Verkaufsstelle beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. nach dem Warensortiment, das dort geführt wurde, und unter Berücksichtigung der Umsätze, die mit den verschiedenen Warengattungen dort erzielt wurden, keinesfalls als ein Gemischtwarengeschäft im üblichen Sinne anzusehen war. Auch der Runderlaß des RWiM. v. 10. Jan. 1940 ermöglicht im Streitfalle keine Lockerung. Denn der Anteil, den Haus- und Küchengeräte beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. am Sortiment hatten, war zu gering, um den Geschäftstyp der Verkaufsstelle der Anfechtungsklägerin in jenem Zeitpunkt mit zu bestimmen.

Die Hereinnahme völlig artfremder Waren in eine bestehende Verkaufsstelle ist nun aber der Errichtung einer neuen Verkaufsstelle gleichzusetzen; das entspricht dem gesunden Volksempfinden und der praktischen Lebenserfahrung. Gegen diese Auslegung lassen sich auch die Vorschriften des § 3 Nr. 5 und 6 EinzelhandelSchG. nicht verwerten; es handelt sich hier um Sonderverbote für besonders gelagerte Fälle. Der Umkehrschluß von solchen Sonderverboten auf eine engere Auslegung des allgemeinen Verbots ist nicht zwingend. Entsprechendes muß für die Hereinnahme von Waren gelten, welche im Sinne des Runderlasses v. 10. Jan. 1940 den seitherigen Geschäftstyp wesentlich ändern würden. Erst durch die Hereinnahme von Haus- und Küchengeräten würde die Verkaufsstelle den Charakter eines Gemischtwarengeschäfts erhalten, den sie beim Inkrafttreten des EinzelhandelSchG. noch nicht hätte. Die angefochtene Verfügung steht also bei sinngemäßer Auslegung des EinzelhandelSchG. mit diesen Vorschriften im Einklange.

(SächsOVG., Entsch. v. 27. Juli 1940, 10 II 1939.)

Hauptschriftleiter: Professor Dr. Reinhard Höhn, Stellvertreter: Rechtsanwalt Erich Schmidt, beide Berlin. — (Mitarbeiter: Rechtsanwalt Dr. Helmut Seydel, Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Rechtsanwalt Rudolf Leppin, [z. Z. bei der Wehrmacht].) — Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18II. Fernruf: 213718. — Für die Anzeigen verantwortlich: Hans Neumann-Hofer, Berlin. Anzeigenabteilung Berlin W 35, Lützowufer 18II. Fernruf: 224086. Verlag: Deutscher Rechtsverlag GmbH., Berlin W 35, Hildebrandstr. 8. Fernruf: 224054; Leipzig C 1, Inselstr. 10. Fernruf: 72566; Wien I, Riemergasse 1. Fernruf: R 27216. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 2 vom 1. Oktober 1939.
Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig.

Offene Stellen

Offene Stellen

Büroangestellte

(auch weibliche)

mit Kenntnissen und Erfahrungen im Verwaltungsdienst bei Behörden oder bei größeren Privatbetrieben (insbesondere auch Rechtsanwaltsbüro) zur Verwendung im Personal-, Buchhaltungs-, Kassen- und Registraturwesen

zum 1. März 1941 oder später

mit dem dienstlichen Wohnsitz in Güstrow (lebhafte Kreisstadt von etwa 30000 Einwohnern, mit sehr schöner Umgebung)

in Dauerstellung gesucht.

Einstellung und Bezahlung erfolgt entsprechend der Vorbildung und Leistungen nach der TO.A. (Ortsklasse B). Aufstiegsmöglichkeit ist vorhanden. Die Zureisekosten werden erstattet. An Verheiratete wird gegebenenfalls Trennungsentschädigung gezahlt.

Bewerbungen mit kurzgefaßtem Lebenslauf, Lichtbild, beglaubigten Zeugnisabschriften und Angabe des frühesten Eintrittstermins erbeten an

Luftwaffenbauamt Güstrow

z. Zt. Rechlin/Müritz.

Stenotypistinnen

perfekt in Stenographie und Schreibmaschine.

Maschinenschreiberinnen

(auch Anfängerinnen) zum 1. März 1941 oder später mit dem dienstlichen Wohnsitz in Güstrow (lebhafte Kreisstadt von etwa 30000 Einwohnern, mit sehr schöner Umgebung) in **Dauerstellung gesucht.**

Einstellung und Bezahlung erfolgt entsprechend Vorbildung und Leistungen nach der TO.A. (Ortsklasse B). Aufstiegsmöglichkeit ist vorhanden. Die Zureisekosten werden erstattet.

Bewerbungen mit kurzgefaßtem Lebenslauf, Lichtbild, beglaubigten Zeugnisabschriften und Angabe des frühesten Eintrittstermins erbeten an

Luftwaffenbauamt Güstrow

z. Zt. Rechlin/Müritz.

Stenotypistin

für sofort oder später **gesucht.** Angebote mit Gehaltsansprüchen und Zeugnisabschriften an Rechtsanwälte Dres. Harenburg, Stargard i. Pom.

Perfekte Stenotypistin

aus dem Anwaltsfach

gesucht.

Rechtsanwalt Dr. Yersin, Berlin SW 11, Saarlandstraße 103.

Gesuchte Stellen

Volljurist Dr. jur.,

gereifte Persönlichkeit, gute Kenntnisse und reiche praktische Erfahrung auf allen Rechtsgebieten, auch in Wirtschaft, Industrie, Finanzierungen, Wirtschaftsberatung, langjähriger Anwalt, gewandt im Verhandeln, sicheres Auftreten **sucht** verantwortungsvollen Posten in Handel, Industrie, Verwaltung, Treuhandwesen oder sonst, auch in Ostgebieten, besetzten Gebieten, Gouvernement oder Protektorat.

Zuschriften unter **Za. 100** an Propaganda A.-G., Berlin SW 68.

Anwaltsassessor,

ledig, 31 Jahre, in großem Anwalts-Büro ausgebildet, Syndikus einer Wirtschaftsorganisation, Rechtsreferent in der Partei mit besonderen Kenntnissen in Strafverteidigung, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, publ. tätig, Sprachkenntnisse, **sucht** nach Ablegung der Anwärterzeit entwicklungsfähigen

großen Wirkungskreis

oder (nach probeweiser Mitarbeit)

Assoziation

mit älterem Kollegen, evtl. barzahlend Praxisübernahme. Angebote u. **A. 1430** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Anwaltsbürovorsteherin,

mit allen vorkommenden Arbeiten vertraut, sucht sich zum 1. 3. 41

zu verändern.

Angebote erbeten unter **A. 1432** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Zuschriften auf Zifferanzeigen bitte schon auf dem Briefumschlag deutlich mit der Ziffernummer kennzeichnen!

Bekanntmachungen verschiedener Art

Praxistausch

Frankfurt a. M. — Berlin

Rechtsanwalt und Notar im Berliner Westen mit langjähriger Praxis bietet Frankfurter Kollegen Gelegenheit, mit ihm die Praxis zu tauschen. — Angebote unter **A. 1434** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Gebe Zulassung und Büro

in Breslau an Anwalt oder Anwaltsassessor aus Berlin **ab.** Geldmittel nicht erforderlich. Angebote unter **A. 1431** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Bürogemeinschaft

zu günstigen Bedingungen bietet sich in **Berlin,** Nähe Bahnhof Friedrichstraße. Kriegsvertretung erwünscht. Telefon 12 46 96.

Diktiermaschine zu kaufen gesucht.

W. Küpper, Kassel, Weißenburgstr. 8. Tel. 334 55.

Langjährige

Landgerichtspraxis

in Bayern (Bayr. Ostm.) ist wegen Krankh. **sofort abzugeben** geg. Übern. d. Außenst., Büroeinricht. u. Kanzleiräumlichkeit. (Industrie, höh. Schulen und Militär). Angeb. unter **A. 1425** an Anzeigen-Abteilung, Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Jur. Wochenschrift

1931—38 geb., 1939—31. 3. 1940 (verbund. mit Deutschem Recht) ungebunden, **zu verkaufen.** Verpackung und Fracht ab Gunzenhausen trägt Käufer. Angebote u. **A. 1435** an Anzeigen-Abteilung Deutscher Rechtsverlag, Berlin W 35, Lützowufer 18.

Opfert für das KWHW!

